

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La responsabilité du détenteur d'animaux

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JOHN METZGER

DE

GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 514

LAUSANNE

IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1956

LA RESPONSABILITÉ DU DÉTENTEUR
D'ANIMAUX

(Code des obligations art. 56)

Publication subventionnée par le Fonds Adrien Lachenal

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La responsabilité du détenteur d'animaux

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

JOHN METZGER

DE

GENÈVE (SUISSE)

THÈSE N° 514



LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1955

La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 11 novembre 1955.

Thèse N° 514.

Le Doyen :
WALTER YUNG.

ABRÉVIATIONS

BGB	Code civil allemand
CCF	Code civil français
CCS	Code civil suisse
CO	Code des obligations
D	Dalloz périodique
DH	Dalloz hebdomadaire
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JT	Journal des Tribunaux
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LFC	Loi fédérale sur la circulation des véhicules à moteur et des cycles
RGE	Recueil des arrêts du Tribunal d'Empire
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
SJ	Semaine judiciaire
SJB	Revue de la Société des juristes bernois
SJZ	Revue suisse de jurisprudence



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546406_0170

INTRODUCTION

L'étude d'une disposition légale telle que l'article 56 CO est concevable de deux façons. La première méthode consiste à en commenter simplement le texte, à en déterminer la portée, sans pour cela l'intégrer dans un système juridique décrit avec précision. La seconde, au contraire, vise à faire vivre la disposition légale en cause, envisage son fonctionnement dans le cadre que lui fournit l'ensemble du droit. Ce n'est que par cette seconde voie que l'on détermine non seulement la valeur intrinsèque d'un article de loi, mais le rôle qui lui est dévolu par le législateur dans l'ensemble des autres normes.

L'article 56 CO ne peut être jugé en lui-même. Instituant une responsabilité d'un caractère particulier il doit, pour être apprécié à sa valeur exacte, être comparé aux autres textes qui créent des responsabilités d'un type semblable, ou même être examiné en fonction de l'ensemble des règles relatives à la responsabilité civile.

Pour cette raison nous avons choisi la seconde méthode qui nous conduit à étudier la situation du détenteur d'animal dans l'ensemble du droit suisse.

Les risques que présente un travail de ce genre, s'il n'est pas superficiel, sont la dispersion et les redites. Que l'on veuille bien nous excuser dans la mesure où nous n'avons pas pu surmonter ces obstacles.

Chapitre premier

DOMMAGE CAUSÉ PAR UN ANIMAL

Introduction

L'article 56 CO commence par ces mots : « Lorsqu'un dommage est causé par un animal... » Cette disposition délimite ainsi son champ d'application. Les codes français et allemand énoncent, sous une forme un peu différente, un principe identique.

L'article 1385 CCF dispose, en effet, que : « Le propriétaire d'un animal... est responsable du dommage que l'animal a causé » et le paragraphe 833 BGB : « Si un animal tue un homme, lèse le corps ou la santé d'un homme ou endommage une chose, celui qui détient l'animal est obligé de réparer le dommage causé. »

L'article 56 CO a un but très précis : prévoir et régler la réparation du dommage causé par un animal. Il ne faudrait toutefois pas tirer de l'existence de cette disposition particulière la conclusion que tous les cas où un animal est la cause d'un dommage devront s'apprécier uniquement à la lumière de l'article 56 CO. Suivant les circonstances dans lesquelles l'animal a causé le dommage, il faudra examiner si les conditions d'application d'autres normes plus générales que l'article 56 CO ne se trouvent pas remplies. L'article 56 CO pourra être invoqué dans la majeure partie des cas; dans certaines éventualités cependant un autre article du Code sera applicable simultanément ou même exclusivement.

Nous allons, dès lors, délimiter en premier lieu le champ d'application de l'article 56 CO, puis examinerons ensuite brièvement les cas dans lesquels une autre norme peut également être invoquée ou doit l'être exclusivement.

LES CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 56 CO

Les termes par lesquels est instituée en droit suisse, français et allemand, la responsabilité pour le dommage causé par les animaux, font ressortir l'étroite similitude de ces normes. Elles posent toutes trois comme condition de la responsabilité qu'un animal soit, au point de vue juridique, la cause d'un dommage.

Notre tâche consistera d'abord à définir ce qu'il faut comprendre sous le terme d'*animal* au sens de l'article 56 CO, puis à déterminer dans quelles circonstances un animal doit être considéré comme la *cause* d'un *dommage*.

Ces trois notions : animal, cause, dommage, se retrouvent dans les trois textes légaux que nous avons cités. Elles n'ont toutefois pas nécessairement le même contenu suivant que l'on examine le droit français, le droit allemand ou le droit suisse. Ainsi, les théories admises en ce qui concerne la causalité peuvent varier d'un pays à l'autre. Or, la théorie de la causalité adéquate peut, dans certains cas, aboutir à un résultat différent de celui auquel conduit la règle de l'équivalence des conditions. Certaines divergences quant à la notion de l'animal ou du dommage sont également concevables.

Cette réserve formulée, abordons successivement l'examen des trois facteurs : animal, cause et dommage.

§ 1. *Animal.*

Il se pose à ce propos les deux questions suivantes :

- I. Qu'est-ce qu'un animal au sens de l'article 56 CO ?
- II. Quelle doit être la situation juridique de cet animal pour qu'il devienne l'objet d'une responsabilité aggravée ?

I. *Qu'est-ce qu'un animal au sens de l'article 56 CO ?*

Dégager la notion de l'animal est une des tâches des sciences naturelles. Logiquement, il nous incombe d'abord d'indiquer comment botanistes ou zoologistes définissent l'animal, puis ensuite de déterminer si l'on peut, pour l'application de l'article 56 CO, se référer simplement à cette définition.

A) Qu'est-ce qu'un animal pour la science ?

Pendant longtemps la science considérait qu'il existait des différences de structure essentielles entre les corps bruts et les êtres vivants et parmi ces derniers entre animaux et végétaux.

De nos jours, toutefois, il est apparu que la distinction entre corps bruts et êtres organisés est loin d'être absolue ¹. L'étude du monde microbien a relevé l'existence d'êtres dits invisibles, les ultra-virus, beaucoup plus petits que les bactéries elles-mêmes. Certains de ces virus paraissent capables de cristalliser. Ils sont constitués par une ou plusieurs molécules protéiques. L'organisation des êtres vivants rejoindrait ainsi la structure de la molécule chimique. Ainsi s'abaisseraient les barrières qui semblaient séparer la matière vivante de la matière minérale ².

Il en est de même de la division entre animaux et végétaux. Cette distinction repose sur le fait que l'on attribue aux uns des caractères qui font défaut aux autres et vice versa ³. Les caractères distincts des animaux sont : l'organisation, le mouvement et la sensibilité. Ceux des végétaux : la chlorophylle, la cellulose. Il semble enfin exister une opposition très marquée entre végétaux et animaux au point de vue de la nutrition ³.

La distinction basée sur les caractères cités ne paraît toutefois justifiée que lorsque l'on compare les êtres supérieurs de ces deux groupes. Cet exclusivisme n'est pas la règle absolue si l'on met en parallèle des organismes inférieurs animaux et végétaux. Les distinctions alors s'atténuent au point de disparaître ⁴. Ainsi on arrive à la conclusion que le critérium véritablement distinctif reste à établir ⁵. Il est certain, d'autre part, que la théorie de la dualité vitale résultait, en réalité, de connaissances physiologiques insuffisantes et l'on admet maintenant que la vie est essentiellement une dans les deux règnes ⁶.

Nous n'avons pas à nous étendre sur ce sujet qui n'est pas de notre compétence, mais ce résumé des connaissances scientifiques actuelles nous permettra d'éclairer la discussion juridique qui va suivre.

Dans ce même but, nous pensons qu'il n'est pas inutile de rappeler ci-dessous la définition que donne le *Larousse médical* des trois termes suivants : microbes, bactéries et bacilles, que l'on retrouve sous la plume des auteurs :

¹ Verdun et Mandoul : *Précis de zoologie médicale*, p. 3.

² Verdun et Mandoul : op. cit., p. 3.

³ Verdun et Mandoul : op. cit., p. 4.

⁴ Verdun et Mandoul : op. cit., p. 3.

⁵ Verdun et Mandoul : op. cit., p. 3.

⁶ Guillaumond et Mangenot : *Biologie végétale*, p. 19.

microbes : nom donné pour désigner les organismes microscopiques qui pullulent dans l'air, les eaux, dans la terre, à la surface et à l'intérieur des corps inorganiques et des êtres organisés ¹.

bactéries : organismes unicellulaires de dimensions minuscules, d'une grande simplicité structurale qu'on tend à classer à l'extrême limite du règne végétal, au voisinage des algues bleues ².

bacilles : variétés de bactéries en forme de bâtonnet ².

Il résulte de ce bref examen que les sciences naturelles ne s'estiment pas en mesure de donner une définition de l'animal faute d'avoir pu dégager un critère valable de façon absolue. Botanique et zoologie ont du reste si peu su s'entendre sur la frontière de leurs domaines respectifs qu'un organisme, l'Euglène, qui appartient au groupe des Flagellés, a été considéré comme un animal par les zoologistes et comme un végétal par les botanistes ! ²

Le problème pour le juriste est de savoir s'il admettra l'application de l'article 56 CO à tous les animaux décrétés tels par la zoologie ou s'il ne l'envisagera que pour certaines catégories d'entre eux.

B) *L'article 56 CO s'appliquera-t-il, en principe, à tous les animaux décrits par la zoologie ?*

Nous commencerons par examiner l'opinion de la doctrine sur ce point et terminerons par nos conclusions.

a) *Avis de la doctrine.*

Cette dernière est partagée. Les auteurs peuvent être répartis en trois groupes principaux :

- 1) Ceux qui ne résolvent pas la question parce qu'ils ne l'ont pas posée.
- 2) Les partisans de la notion scientifique.
- 3) Ceux qui ne veulent appliquer l'article 56 CO qu'à certains animaux seulement.

1) Il serait vain d'énumérer les auteurs appartenant à cette catégorie. Elle comprend la plupart des français : Planiol ³, Savatier ⁴, Josserand ⁵, Baudry Lacantinerie ⁶; en Suisse, Rossel ⁷, Schneider et

¹ *Nouveau Larousse médical illustré.*

² Guillaumond et Mangenot: op. cit., p. 21.

³ *Traité élémentaire de droit civil.*

⁴ *Cours de droit civil.*

⁵ *Cours de droit civil positif français.*

⁶ *Traité théorique et pratique de droit civil.*

⁷ *Manuel du droit civil suisse.*

Fick¹. A la décharge de ces commentateurs, il convient de relever que la question n'a, comme nous le verrons plus loin, qu'une importance pratique assez limitée.

2) Un assez grand nombre d'auteurs allemands et suisses estiment qu'il y a lieu de s'en tenir à la notion de l'animal dégagée par la science. Partant de ce principe, ils arrivent à la conclusion que même des êtres infiniment petits feront l'objet de la responsabilité aggravée du paragraphe 833 BGB et de l'article 56 CO si la zoologie leur reconnaît la qualité d'animaux. En droit français, ce point de vue est expressément admis par Demogue². Mazeaud cite Demogue sans prendre personnellement position³. En Allemagne, parmi les auteurs qui se déclarent partisans de l'application de la notion scientifique de l'animal, nous pouvons citer : Planck⁴, Oertmann⁵, Kuhlenbeck⁶; d'après Schmid⁷, Litten partagerait également cette opinion.

En Suisse, si nous examinons la question avec un peu plus de détails, il faut distinguer les commentateurs qui se prononcent expressément en faveur de la notion scientifique, tels que Funk⁸ et Oser⁹, de ceux qui la soutiennent implicitement en déclarant, à tort, que les bacilles, par exemple, sont des animaux. Font partie de ce second groupe : von Tuhr¹⁰ et Petitpierre¹¹. Funk¹² et Oser¹³ commettent du reste la même erreur scientifique que ces deux derniers auteurs, erreur consistant à classer des végétaux, les bactéries et les bacilles, parmi les animaux. Mérite enfin d'être rangé à part Becker, qui relève d'abord que la question de l'application de l'article 56 CO aux bacilles est contestée et qu'en second lieu leur qualité d'animaux est douteuse. Il juge pour ces raisons préférable de ne pas les soumettre à l'article 56 CO¹⁴.

3) Un troisième courant est formé par les auteurs qui ne veulent considérer comme des animaux au sens des dispositions régissant la responsabilité du détenteur que ceux auxquels cette qualité est reconnue par la langue usuelle. Ces commentateurs sont assez nombreux en Alle-

¹ *Commentaire du Code fédéral des obligations.*

² *Traité des obligations en général*, tome V, p. 205.

³ *Op. cit.*, II, p. 74, note n° 3.

⁴ *Bürgerlicher Gesetzbuch*, tome II, p. 629.

⁵ *Kommentar zum BGB*, tome II, p. 972.

⁶ *Das bürgerliche Gesetzbuch*, tome I, p. 583.

⁷ *Op. cit.*, p. 55.

⁸ *Commentaire du CO*, traduction française, Rem. 1 ad art. 56 CO.

⁹ *Das Obligationenrecht*, Rem. 5 ad art. 56 CO.

¹⁰ *Partie générale du CO*, trad. française, Rem. 41 ad § 49.

¹¹ *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, 1930, p. 74 a.

¹² *Commentaire du CO*, trad. française, Rem. 1 ad art. 56 CO.

¹³ *Das Obligationenrecht*, Rem. 5 ad art. 56 CO.

¹⁴ *Das SZGB*, Rem. 3 ad art. 56 CO.

magne. Sont en particulier de cet avis : Enneccerus ¹, Warneyer ², Dernburg ³; en Suisse, Schmid ⁴.

b) *Remarques et conclusion.*

L'étude des deux thèses en présence suggère les observations suivantes:

1) Au moment où la responsabilité du propriétaire ou du détenteur d'animal est apparue elle ne visait pas les animaux inférieurs, tels que les unicellulaires, puisqu'on ignorait leur existence. On ne peut toutefois en déduire que le droit ne devra pas tenir compte des nouveaux types d'animaux découverts par la zoologie. Il faudra simplement se demander si toutes les conditions requises pour l'application de l'article 56 CO se trouvent remplies par ces animaux. Dans la négative, même si le micro-organisme est considéré par la zoologie comme un animal, le dommage qu'il a causé ne relèvera pas de l'article 56 CO.

2) Les partisans de la notion scientifique de l'animal ne semblent eux-mêmes pas très au clair sur l'appartenance de certains micro-organismes au règne végétal ou au règne animal. Ainsi que nous l'avons vu, ils considèrent les bactéries et les bacilles comme des animaux alors qu'en réalité ce sont des végétaux. Ils utilisent, dans le même sens, le terme de « microbes » alors que pour la science ce mot s'applique à des micro-organismes qui peuvent être tout aussi bien des végétaux que des animaux.

3) Nous avons relevé sous 1) que la qualité d'animal n'est pas la seule condition pour que l'article 56 CO soit applicable. Il faut encore que l'animal ait un détenteur et, surtout, que le dommage ait été causé par un *acte* du dit animal. Sans préciser maintenant que cette notion, nous pouvons affirmer qu'il n'y a pas *acte de l'animal* lorsqu'un organisme de type inférieur cause un dommage. Nous rejoignons ici le point de vue d'Oftinger qui refuse d'appliquer l'article 56 CO aux bactéries premièrement parce que ce ne sont pas des animaux et secondement parce qu'elles ne peuvent *agir* au sens exigé par cette disposition ⁵.

4) L'application de l'article 56 CO aux animaux inférieurs entraînerait des difficultés d'ordre juridique et pratique. Au point de vue juridique, il faudrait donner à l'*acte de l'animal* un sens autre que celui qui a été dégagé jusqu'à présent car, ainsi que nous l'avons relevé, les organismes inférieurs n'*agissent* pas comme l'exigent la doctrine et

¹ *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg 1952, tome II, p. 824.

² *Kommentar zum BGB*, Tubingue 1923, tome I, p. 1336.

³ *Das BGB*, tome II, p. 649.

⁴ *Op. cit.*, p. 55.

⁵ p. 575.

la jurisprudence en la matière. C'est ce qu'admet implicitement le commentaire Oser et Schönenberger lorsqu'il déclare qu'ici « le danger spécifique que représente l'animal est autre que dans les cas soumis habituellement aux tribunaux »¹. Or ce danger spécifique est précisément l'*acte de l'animal*.

D'autre part, sur le terrain pratique et en équité, une telle extension de l'article 56 CO ne paraît pas souhaitable. Elle poserait d'abord, au point de vue pratique, la question des cas limites, celui en particulier de l'Euglène, cet organisme que revendiquent à la fois la zoologie et la botanique. En équité, si l'on applique une responsabilité aggravée au détenteur de micro-organismes animaux, comment justifier le traitement de faveur dont bénéficierait le détenteur de micro-organismes végétaux, c'est-à-dire de bactéries ? Ce dernier, en effet, ne répondrait du dommage qu'en vertu de l'article 41 CO, alors que le danger spécifique attaché à la détention de ces bactéries est le même que celui entraîné par la détention de micro-organismes animaux. Par souci d'équité, il faudrait donc étendre l'application de l'article 56 CO aux bactéries. Pour le même motif, l'on devrait ensuite pousser l'interprétation par analogie plus loin encore jusqu'aux ultra-virus et, par leur intermédiaire, aux poisons et à toutes les substances dont la détention engendre un danger spécifique.

5) Ces différentes remarques nous conduisent à la conclusion que l'opinion d'Oftinger est la plus rationnelle. Il n'y a lieu de reconnaître la qualité d'animal dans le cadre de l'article 56 CO qu'à des organismes suffisamment développés pour *agir* dans le sens exigé par la doctrine et la jurisprudence pour l'application de l'article 56 CO.

6) Les différences pratiques entraînées par l'utilisation de la notion de l'animal, que nous venons d'établir par rapport à celle de la notion scientifique, ne seront pas, pensons-nous, considérables. En effet, si des micro-organismes animaux causent un dommage, ce dernier proviendra du fait que quelqu'un les aura laissé échapper. Dans la plupart des cas, une négligence ou une imprudence sera imputable à cette personne et elle sera tenue de réparer le dommage en vertu de l'article 41 CO¹.

Ce résultat ne nous paraît toutefois pas de nature à modifier notre point de vue car, nous le répétons, il n'y aura aucune raison qui justifie, en équité, un traitement différent du détenteur suivant la nature végétale ou animale des micro-organismes dont il dispose.

¹ Op. cit., Rem. 5 ad art. 56 CO.

² Oftinger, p. 576.

II. Quelle doit être la situation juridique de cet animal pour qu'il devienne l'objet d'une responsabilité aggravée ?

Les textes légaux cités au début du présent chapitre supposent un rapport entre un animal et une personne. En droit français (art. 1385 CCF), il s'agit du propriétaire ou de celui qui se sert de l'animal. Le paragraphe 833 BGB et l'article 56 CO parlent de « celui qui détient » l'animal.

Ce rapport, « garde » en droit français, « détention » en droit allemand, sera défini dans le chapitre spécial qui lui est consacré. Ce qu'il convient de préciser maintenant est que seuls les animaux soumis à ce pouvoir seront l'objet de la responsabilité aggravée créée par les articles 1385 CCF, 56 CO et paragraphe 833 BGB.

En droit français, le responsable originaire est le propriétaire. Par conséquent, les seuls animaux visés par l'article 1385 CCF sont ceux dont une personne est propriétaire. Il en résulte que deux catégories doivent être faites parmi les animaux : ceux qui ne sont pas *res nullius* d'une part et, d'autre part, ceux qui sont *res nullius*. Tout animal qui n'est pas *res nullius* engage la responsabilité de son propriétaire ; il importe peu que cet animal soit un animal domestique ou un animal sauvage, fauve d'une ménagerie, par exemple ¹. Rentrant dans cette catégorie le bétail, les chats, les chiens, les oiseaux de basse-cour, les abeilles, les poissons élevés dans des étangs, etc. Le gros des animaux *res nullius* est constitué par le gibier. En est toutefois excepté le lapin de garenne ² qui, gibier au sens courant du terme, ne l'est pas pour le droit, l'article 524 CCF faisant de lui un immeuble par destination et lui donnant, par cette voie, un propriétaire. La distinction opérée ci-dessus entre les animaux *res nullius* et ceux qui ne le sont pas est très importante. En effet, le droit français, contrairement aux droits suisse et allemand, n'a pas créé une responsabilité aggravée pour les dommages causés par le gibier. Le lésé ne peut donc invoquer que l'article 1382 CCF, disposition légale analogue à l'article 41 CO ³. Il devra prouver la faute du propriétaire, mais, et là intervient la jurisprudence, les tribunaux sont larges en cette matière. Constituera, par exemple, une faute le fait de laisser pulluler sur son fonds des animaux nuisibles ⁴, ou même de refuser à ceux qui en souffrent la permission de les détruire ⁵.

¹ Mazeaud : op. cit., vol. II, p. 74.

² Mazeaud : op. cit., vol. II, p. 75. Savatier, *Cours de droit civil*, Paris 1944, vol. II, p. 160.

³ Mazeaud : op. cit., vol. II, p. 75.

⁴ Josserand : op. cit., vol. II, p. 315.

⁵ Planiol : *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1932, vol. II, p. 344.

En droit allemand et suisse, la responsabilité incombant au détenteur, tous les animaux ayant un détenteur sont visés par le paragraphe 883 BGB et l'article 56 CO. Bien souvent le détenteur sera simultanément propriétaire de l'animal. Il s'agit là d'une coïncidence et cela ne signifie pas que la propriété soit la condition de la détention ¹. Ces deux rapports entre l'homme et l'animal existent indépendamment l'un de l'autre. Le propriétaire détenteur peut cesser d'être propriétaire tout en conservant la détention ou demeurer propriétaire tout en transférant la détention à un tiers. Ainsi la qualité de détenteur est reconnue au locataire, à l'emprunteur.

§ 2. *La causalité.*

Comme nous l'avons indiqué au début du présent chapitre, l'entrée en jeu de l'article 56 CO est subordonnée à la condition qu'un dommage ait été *causé* par un animal. Cette exigence revêt un double aspect: l'un d'ordre général et l'autre qui est particulier à la responsabilité envisagée. Il s'agit de déterminer, en premier lieu, dans quelles conditions un acte ou une omission peuvent être considérés comme ayant entraîné un dommage. C'est le problème de la causalité en général qui se pose ainsi à nous. Sous quelles modalités doit-on, en second lieu, appliquer à l'animal le ou les principes émis à propos de la causalité en général ?

I. *La causalité en général.*

Le problème de la causalité est un des plus ardues de ceux que l'on rencontre dans le domaine de la responsabilité civile. L'examiner dépasserait le cadre de cette étude. Nous nous bornerons donc à mentionner qu'en Suisse et en Allemagne doctrine et jurisprudence se sont finalement ralliées à la théorie de la causalité adéquate ². En droit français la question est plus délicate à résoudre. Si Savatier paraît admettre implicitement la théorie de la causalité adéquate ³, la majorité des auteurs se prononcent en faveur de la théorie dite de l'*équivalence des conditions*, plus connue en Suisse sous le nom de théorie de la *condition sine qua non*. La causalité est adéquate lorsque le fait dont la responsabilité dérive est, de par sa nature, généralement propre à produire un dommage du genre de celui qui est survenu, de sorte que, sinon l'auteur

¹ Oftinger: op. cit., p. 561.

² von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 82.

³ Op. cit., p. 125.

du fait lui-même, du moins un tiers, jugeant d'après le cours ordinaire des choses et en pleine connaissance des événements, aurait dû prévoir la possibilité du dommage ¹. Il suffit, par contre, d'après les partisans de l'équivalence des conditions, de constater que le dommage ne se serait pas produit si le défendeur n'avait pas agi, pour que l'acte de ce dernier soit considéré comme la cause du dommage. La théorie de l'équivalence est admise en particulier par Demogue ², Lalou ³, Mazeaud ⁴. Quant à la jurisprudence, il semble qu'elle évite de se prononcer de façon précise en faveur de l'une ou de l'autre des thèses en présence et hésite également à les rejeter toutes deux. Sans grande conviction, Mazeaud ⁵ déclare qu'« il semble possible d'affirmer que c'est à la théorie de l'équivalence des conditions que se rallient également les arrêts ». D'après Ripert ⁶, par contre, la jurisprudence ne s'est pas préoccupée du problème de l'équivalence des causes en appliquant l'article 1382 CCF. Dans le domaine de la responsabilité sans faute, elle aurait exigé que la chose soit la « cause génératrice » du dommage pour appliquer l'article 1384 alinéa 1 ⁷. L'analyse de ce pléonasme nous entraînerait trop loin. Contentons-nous de tirer la conclusion que si, en droit suisse et allemand, une notion a été dégagée et appliquée en matière de causalité, le droit français ne s'est pas prononcé nettement pour une théorie déterminée.

II. *La causalité dans le cadre des articles 1385 CCF, 56 CO et paragraphe 833 BGB.*

Les règles émises à propos de la causalité en général ne s'appliquent aux animaux que sous certaines réserves. Les unes vont de soi. Ainsi, l'animal ne peut causer un dommage par omission pour la raison qu'il n'existe aucune disposition légale obligeant un animal à se comporter de telle ou telle façon dans des circonstances données. N'étant pas sujet de droit, l'animal n'assume non plus aucune obligation.

Il existe, d'autre part, une limitation qui, elle, n'est pas commandée par la nature même des choses. Auteurs et jurisprudence restreignent, en effet, l'application de l'article 56 CO et du paragraphe 833 BGB au cas où le dommage a été causé par un *acte* de l'animal. Une autre règle serait parfaitement concevable; on pourrait ainsi considérer la responsabilité du détenteur comme engagée par le simple fait que l'animal a joué un

¹ von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 82.

² Op. cit., tome IV, p. 10.

³ *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris 1943, p. 197.

⁴ Op. cit., vol. II, p. 337.

⁵ Op. cit., p. 339.

⁶ *Traité élémentaire de Droit civil*, vol. II, p. 353.

⁷ Op. cit., vol. II, p. 370.

rôle dans la survenance du dommage, sans rechercher si l'animal a agi ou non. Ainsi le mot *par* lorsqu'il s'agit d'un animal a un autre sens, pour reprendre l'exemple donné par Planck ¹, que celui qui lui est donné dans la phrase: « cet homme a été blessé par une pierre ».

Il n'y a, par contre, rien de particulier à dire sur l'interruption de la causalité. Nous nous référons à ce propos aux principes généraux admis en la matière. Seul nous paraît digne d'être mentionné le cas de force majeure. Nous y consacrerons quelques lignes.

A) *L'acte de l'animal.*

Cette notion mérite d'être dégagée avec précision en raison de son importance. Les auteurs allemands ont examiné ce problème avec soin. Staudinger, en particulier, établit une série de distinctions ² que nous reprendrons en la complétant sur certains points.

a) L'application du paragraphe 833 BGB est exclue quand le dommage a bien été, au point de vue externe, causé par l'animal, mais que celui-ci n'a pas agi, se trouvant mû exclusivement par une force qui s'exerçait sur lui de l'extérieur. Par exemple, si une bête de somme s'écroule sous l'effet d'une charge trop lourde, si un animal est utilisé par quelqu'un en guise de projectile. Pour les mêmes motifs, le paragraphe 833 BGB ne peut être invoqué lorsque involontairement, par simple contact, un animal transmet sa maladie à un congénère sain. Telle est l'opinion du Reichsgericht. Dans un arrêt du 19 octobre 1912 ³, il a jugé, en effet, que le propriétaire d'un cheval malade qui avait contaminé deux autres chevaux en les reniflant ne pouvait être condamné à des dommages-intérêts en application du paragraphe 833 BGB, en dépit du fait que le reniflement constituait indiscutablement un acte volontaire du cheval porteur de bacilles.

En Suisse, Oftinger ⁴ précise qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 56 CO dans les cas où l'animal cause un dommage du simple fait de son existence. Ainsi, s'il gêne les voisins par son odeur ou ses cris. Il n'y a pas là, à proprement parler, d'*acte de l'animal*. Il faut alors déterminer si d'autres dispositions légales, articles 41 CO, 684 CCS, peuvent être appliquées. Nous examinerons ce problème à la fin du présent chapitre.

b) Doivent être rangés à part les cas, importants en pratique, où l'animal se trouvait sous la conduite de l'homme, l'animal attelé en particulier. Dans un arrêt déjà ancien (6 février 1902) ⁵, le Reichsgericht a

¹ Op. cit., vol. II, p. 1013.

² Op. cit., vol. II, p. 1887.

³ RGE, vol. 80, p. 237.

⁴ p. 578.

⁵ RGE, vol. 80, p. 237.

déclaré que les conditions posées par le paragraphe 833 BGB ne se trouvaient pas réalisées lorsque l'animal attelé obéit à son conducteur. Il n'est alors qu'un instrument dans les mains du cocher, qui est seul auteur du dommage. Il nous semble que de cet arrêt peut être tiré un principe général: lorsque l'animal est dirigé par l'homme et agit conformément à la volonté de ce dernier, il n'y a pas *acte de l'animal*. Le lien homme-animal n'a pas besoin d'être matériel, il peut être purement psychologique. Il a été ainsi jugé que des chevaux se trouvaient sous la conduite de leur cocher et agissaient selon sa volonté, alors même que les rênes étaient attachées au siège et le cocher à pied derrière son char. Est déterminante la volonté effective du conducteur au moment de l'accident, non celle qu'il aurait eue s'il avait prêté suffisamment attention aux obstacles se trouvant sur son chemin ¹. Il n'y aura pas non plus *acte de l'animal* lorsqu'une bête dressée cause un dommage en obéissant à la volonté de la personne qui l'accompagne. C'est, par exemple, le cas du chien qui, sur l'ordre de son maître, attaque un passant ou va chercher dans un massif de fleurs le morceau de bois que celui-ci y a lancé ². Il n'est pas douteux que de pareilles discriminations peuvent, suivant les circonstances, compliquer considérablement la tâche du juge, mais une autre solution serait contraire à l'intention du législateur qui n'a voulu accorder une protection aux tiers que pour les dommages que cause l'animal en suivant sa propre volonté, son instinct ³, réalisant le danger spécifique attaché à sa détention.

Les auteurs allemands considèrent comme exacte la solution du Reichsgericht. Certains, toutefois, critiquent le raisonnement qui l'a conduit à cette conclusion. L'arrêt de 1912 ⁴, comme nous venons de l'indiquer, relève, en effet, que quand l'animal est conduit et obéit à son conducteur, le rapport de causalité entre son acte et le dommage fait défaut; seul le conducteur peut être, dans ces conditions, considéré comme l'auteur du dommage. Endemann ⁵ et Staudinger ⁶, par exemple, admettent sans autre l'argumentation du Reichsgericht. Schmid ⁷, par contre, estime que le rapport de causalité adéquate entre l'acte de l'animal et le dommage ne peut être nié; cependant, il y a quand même lieu de refuser d'appliquer le paragraphe 833 BGB, un dommage survenu dans de pareilles circonstances ne constituant pas la réalisation du risque

¹ RGE, vol. 65, p. 103.

² Schmid, op. cit., p. 67.

³ en allemand: *aus eigenem Antriebe*. RGE, vol. 65, p. 106.

⁴ RGE, vol. 50, p. 181.

⁵ *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, vol. I., p. 1273, note 11.

⁶ Op. cit., Rem. 4 b) ad § 833 BGB.

⁷ Op. cit., p. 67.

spécifique attaché à la détention d'un animal, risque en vue duquel a été créée cette disposition.

En Suisse, le Tribunal fédéral a tranché à plusieurs reprises des litiges dans lesquels le problème de l'animal sous conduite de l'homme se posait. Son point de vue est identique à celui du Reichsgericht. Dans un arrêt du 17 décembre 1898 ¹, le Tribunal fédéral s'exprime comme suit :

« C'est avec raison que les demandeurs n'ont pas fondé leur action sur l'article 65 CO (act. 56)... En effet, cette disposition ne vise que le dommage causé par l'animal de son propre mouvement (aus eigenem Antriebe). Si l'animal était conduit par une personne, c'est-à-dire si le dommage a été causé par la façon dont cette personne a utilisé l'animal, seule cette dernière, en tant qu'auteur, éventuellement son employeur, répond du dommage sur la base des articles 50 (41) ou 62 (55) CO. »

Le principe a été maintenu dans les arrêts postérieurs ²; il est au surplus unanimement admis par les auteurs ³.

Le droit français a subi, lui, en cette matière, une évolution particulière. Actuellement, la jurisprudence et la doctrine françaises n'exigent plus le *fait de l'animal* comme condition d'application de l'article 1385 CCF.

c) Supposons maintenant que l'animal conduit par l'homme cause un dommage en agissant contrairement à la volonté de ce dernier. Les exemples d'accidents de ce genre sont très nombreux. C'est le cas du cheval qui s'emballe, qui rue, qui mord, sans que son conducteur puisse l'en empêcher. Il y a là évidemment réalisation du risque attaché à la détention de l'animal et la circonstance que ce dernier se trouvait sous la conduite de l'homme ne peut faire obstacle à l'application du paragraphe 833 BGB ou de l'article 56 CO. Il y a eu perte de maîtrise du conducteur et *acte de l'animal*. C'est ce que le Tribunal fédéral précise dans l'arrêt Kretz contre Schiess ⁴, en s'exprimant comme suit :

« La disposition de l'article 56 CO relative à la responsabilité n'est applicable que dans le cas où l'animal a causé un dommage non pas comme instrument sans volonté dans la main de l'homme, mais comme un être vivant agissant spontanément. Toutefois l'influence que l'homme exerce sur un animal, n'en faisant pas un simple instrument mais lui laissant un peu de volonté et quelques qualités propres, n'exclut pas encore l'application de l'article 56 CO. »

¹ RO 24/II, p. 869.

² RO 40/II, p. 262; SJ 1914, p. 673; RO 52/II, p. 456; JT 1927, p. 199; RO 64/II, p. 375; SJ 1939, p. 559; JT 1939, p. 202.

³ Oftinger: p. 577.

⁴ RO 64/II, p. 375; JT 1939, p. 205.

d) Nous avons admis, dans les deux précédentes hypothèses, successivement que l'animal avait obéi à son conducteur puis qu'il avait agi contrairement à la volonté de ce dernier. Dans le premier cas, nous avons nié l'application de l'article 56 CO et dans le second nous sommes arrivé à la solution inverse. Il est aussi possible d'envisager une combinaison de ces deux éventualités. En d'autres termes nous partons alors de l'idée que le dommage résulte à la fois d'une faute du conducteur et d'un acte de l'animal. C'est sans doute ce qu'a déjà voulu exprimer Cosack quand il déclare que « suivant les cas, la nature propre de l'animal peut être considérée juridiquement comme cause concomitante du dommage à côté de la conduite de l'homme » ¹.

Ainsi nous arrivons à la conclusion que les dommages causés par des animaux sous la conduite de l'homme doivent être répartis en trois catégories : ceux pour lesquels il y a exclusivement *acte de l'homme*, ceux causés par *acte de l'animal* et enfin ceux dus à une action combinée de l'homme et de l'animal.

Das la première hypothèse, le lésé ne pourra agir que contre le conducteur, à charge de prouver qu'il a commis une faute ou, le cas échéant, contre les personnes qui répondent de ses actes en application des articles 55 CO, 101 CO ou 333 CCS. Il ne bénéficiera pas de la présomption de l'article 56 CO et n'obtiendra pas de réparation si le dommage est dû à un cas fortuit, comme le lui permettrait l'article 56 CO s'il pouvait être invoqué.

Lorsque, au contraire, il y a uniquement *acte de l'animal*, le lésé devra s'adresser au détenteur seul; une action contre le conducteur échouera puisque, par hypothèse, cette personne n'a pas commis de faute. Si le dommage résulte d'une combinaison, d'un acte illicite du conducteur et d'un *acte de l'animal*, le lésé pourra invoquer simultanément l'article 41 CO contre le conducteur et l'article 56 CO contre le détenteur.

La distinction opérée ci-dessus revêt une importance pratique indiscutable. D'abord en ce qui concerne la preuve. S'il n'y a pas *acte de l'animal*, le lésé devra établir la faute du conducteur au lieu d'être au bénéfice de la responsabilité causale de l'article 56 CO. Le rôle de l'*acte de l'animal* sera accru enfin lorsque conducteur et détenteur sont deux personnes différentes. Même si le détenteur est employeur du conducteur, il lui sera plus facile de se défendre sur le terrain de l'article 55 CO que sur celui de l'article 56 CO.

Comme nous le verrons dans le chapitre consacré à la preuve libé-

¹ *Lehrbuch des BGB*, vol. I, p. 694.

raire, il est concevable que l'employeur-détenteur soit à même de faire la preuve libératoire de l'article 55 CO et échoue en ce qui concerne celle de l'article 56 CO. Il est clair au surplus que même en cas de faute du conducteur le lésé peut avoir d'excellentes raisons de chercher à obtenir la condamnation du détenteur. Ce dernier, dans le cours ordinaire des choses, sera plus solvable que le conducteur et ce qui importe pour la victime ce n'est pas d'obtenir un jugement favorable, mais l'indemnisation effective de son préjudice.

A l'appui du raisonnement ci-dessus, nous pouvons citer l'arrêt Consorts Pur contre Lang dans lequel le Tribunal fédéral, après avoir déclaré que la responsabilité du défendeur en tant que détenteur n'était pas engagée parce que l'*acte de l'animal* faisait défaut, rechercha s'il y avait lieu de le condamner en sa qualité d'employeur, ce qu'il fit du reste, estimant que la preuve libératoire de l'article 62 (55) CO n'était pas faite¹.

Dans l'hypothèse envisagée en dernier lieu par nous, soit lorsqu'il y a simultanément faute du conducteur et *acte de l'animal*, il s'agit d'un cas de solidarité imparfaite (art. 51 CO). Le lésé pourra attaquer à son choix le conducteur, le détenteur ou les deux simultanément, ce qui est généralement la solution la meilleure. La répartition définitive du dommage entre conducteur et détenteur s'opérera conformément à l'article 51 CO. En principe si aucune faute n'est imputable au détenteur, le conducteur devra prendre en charge la totalité du dommage.

e) Il n'y a pas non plus *acte de l'animal*, estime Staudinger², lorsqu'un événement extérieur exerce sur le corps ou les sens de l'animal une contrainte telle que ce dernier, selon les lois physiologiques qui sont propres à son espèce, ne peut y résister et cause alors un dommage. Ce principe a été emprunté par Staudinger à un arrêt du Reichsgericht³. Il ne faut toutefois pas déduire de cette règle, énoncée en termes trop généraux, que tout événement extérieur susceptible d'entraîner une réaction violente chez l'animal constitue cette contrainte irrésistible. En admettant cela, en effet, on arriverait à exclure l'application du paragraphe 833 BGB dans une série d'éventualités en vue desquelles il a été évidemment édicté. Ainsi, par exemple, les chevaux ont tendance à prendre peur et à s'emballer lorsqu'un bruit ou l'arrivée d'un objet les surprend. C'est pour protéger les tiers contre ce danger qu'une responsabilité spéciale se justifie. Admettre dans un cas de ce genre la contrainte irrésistible irait à l'encontre du but cherché. C'est donc à bon droit que Gold-

¹ RO 24/II, p. 867 ss; voir également RO 64/II, p. 375; JT 1939, p. 205.

² Op. cit., Rem. 4 b) ad § 833 BGB.

³ RGE, vol. 54, p. 74.

mann-Lilienthal ¹ critiquent le principe émis par le Reichsgericht. C'est ce que fait également Planck ² qui relève au surplus que le Reichsgericht a été extrêmement prudent lorsqu'il s'est agi d'appliquer la notion dégagée par lui, si bien qu'il n'a admis l'existence d'une contrainte irrésistible dans aucun arrêt ! Cette remarque paraît fondée. Si l'on se réfère, en effet, à l'exposé de Staudinger qui, nous le rappelons, est un chaud partisan du Reichsgericht en cette matière, on constate que cet auteur limite, pour différents motifs, l'intervention de la contrainte irrésistible, ne cite que des arrêts qui rejettent ce moyen et finalement déclare que la responsabilité du détenteur n'est exclue que si l'animal a agi sous la contrainte d'une force majeure ³. On retombe ainsi dans le droit commun d'après les principes duquel on déterminera s'il y a ou non cas de force majeure. Sous cette forme l'opinion de Staudinger est également valable pour le droit suisse ⁴ et le droit français ⁵.

B) *La force majeure.*

Il nous semble utile de donner maintenant quelques rapides indications sur la notion de force majeure en matière de responsabilité causale. Oftinger la définit comme « un événement imprévisible et extraordinaire, sans rapport avec l'*exploitation* du responsable, qui intervient de l'extérieur avec une force irrésistible » ⁶.

Cette notion a un caractère relatif en ce sens qu'il faudra dans chaque cas déterminer si, compte tenu du genre d'*exploitation* considéré, l'événement examiné constitue un cas de force majeure ⁷. Plus l'*exploitation* sera en elle-même dangereuse, plus il faudra être sévère pour admettre que l'on se trouve en présence de la force majeure. Ainsi, pour reprendre un exemple cité par Oftinger, il y a force majeure lorsque la foudre tue un cheval, mais non si elle détruit un stock d'explosifs ⁸.

En ce qui concerne plus particulièrement l'article 56 CO, la force majeure peut se manifester de deux façons différentes: en agissant directement sur l'animal, ou en exerçant une influence sur sa garde.

Il y aura contrainte irrésistible sur l'animal si ce dernier est atteint par la foudre, si le chemin sur lequel marche un cheval s'effondre et que dans sa chute il entraîne son cavalier. Dans cette éventualité, la condition

¹ *Das BGB*, vol. I, p. 914, note 12.

² *Op. cit.*, vol. II, p. 1014.

³ *Op. cit.*, Rem. 4 b) ad § 833 BGB.

⁴ Oftinger, p. 581.

⁵ Mazeaud : *op. cit.*, vol. II, p. 89.

⁶ p. 86.

⁷ p. 87.

⁸ p. 87.

de l'acte de l'animal fait défaut, son détenteur ne pourra être rendu responsable en vertu de l'article 56 CO.

Dans la seconde hypothèse, la force majeure peut d'abord toucher le détenteur ou son préposé. Un cheval s'enfuit parce que celui qui le tenait par la bride a été renversé, sans avoir commis de faute, par une automobile. La force majeure est susceptible aussi de rendre inopérante n'importe quelle mesure de précaution. Un incendie, un ouragan détruisent un parc à bétail ou une étable et les animaux libérés saccagent la propriété des voisins. Enfin, autre éventualité, la force majeure peut interrompre le rapport de causalité entre une omission du détenteur et la survenance du dommage. Admettons, par exemple, qu'il soit établi qu'un parc à bétail n'était pas suffisamment solide, mais que le détenteur puisse démontrer que même s'il avait présenté les qualités requises, l'événement de force majeure l'aurait démoli. Dans ce cas, la force majeure aura interrompu la causalité entre l'omission initiale et le dommage. Le détenteur devra être exonéré de sa responsabilité.

Très proche de la force majeure se trouve le cas, examiné également par Staudinger, dans lequel l'animal cause un dommage sous l'influence irrésistible d'une souffrance physique. Ainsi, par exemple, le cheval que l'on castre, le bœuf que l'on abat, etc. Rentrent en particulier dans cette catégorie les réflexes de l'animal, c'est-à-dire les mouvements qu'entraînent certaines excitations indépendamment de l'intervention de la volonté. Dans de pareils cas, estime Staudinger, il n'y a pas lieu d'appliquer le paragraphe 833 BGB ¹. Cette opinion s'appuie sur un arrêt du Reichsgericht ² qui précise que la personne blessée par un animal que l'on opère ou abat ne peut alléguer que son dommage a été causé par l'animal. Le mouvement de ce dernier n'est que la conséquence de la violence exercée sur lui, il n'avait pas la liberté de l'exécuter ou de le retenir. Il s'agissait purement d'un réflexe.

La jurisprudence allemande est toutefois très prudente dans l'admission de ce moyen libératoire. Dans l'arrêt ci-dessus, le Reichsgericht a considéré que le fait de renverser un cheval entraînait automatiquement chez celui-ci le réflexe d'agiter les jambes pour retrouver la position verticale. Dans une décision postérieure, citée par Warneyer ³, il est par contre déclaré qu'un poulain qui pointe au moment du ferrage alors qu'il était demeuré calme lors d'une opération identique effectuée précédemment, n'obéissait pas à un réflexe. Il aurait pu, paraît-il, réagir autrement, en reculant ou en retirant son pied, par exemple. Les tribunaux

¹ Op. cit., Rem. 4 b) ad § 833 BGB.

² RGE, vol. 69, p. 401.

³ *Rechtsprechung des Reichsgerichts*, année 1910, n° 444.

suisses ne semblent pas avoir eu à trancher des problèmes de ce genre. Ainsi, par exemple, l'arrêt de la Cour d'appel de Zurich cité par Oftinger¹ n'aborde pas la question qui nous intéresse. Oftinger lui-même² semble hésiter. Il admet que les éventualités envisagées par Staudinger constituent des cas limites et qu'on peut par conséquent se demander s'il y a ou non *acte* de l'animal. Il arrive en définitive à la conclusion qu'il faut quand même appliquer l'article 56 CO. Il n'y a pas grande différence, pense-t-il, entre le cas où un vétérinaire saisit un animal et celui dans lequel un enfant, qui tente de le prendre maladroitement, se fait blesser. Or, dans cette dernière hypothèse, l'application de l'article 56 CO n'a jamais été mise en doute. Il faut reconnaître que la distinction proposée par Staudinger est d'un emploi plutôt difficile. Le tribunal doit, en effet, se mettre en quelque sorte à la place de l'animal pour juger si ce dernier, compte tenu de son psychisme, pouvait réagir autrement qu'il ne l'a fait en réalité. Il semble toutefois que s'il peut conclure de façon certaine à la présence d'un réflexe il devra admettre qu'il n'y a pas *acte* de l'animal et refuser d'appliquer l'article 56 CO. Le cas typique du réflexe est celui tranché par le Reichsgericht dans l'arrêt dont se prévaut Staudinger³. Il n'est pas douteux que tout animal mis sur le dos, que ce soit un scarabée ou un cheval, essayera par des mouvements désordonnés de retrouver sa position normale. S'agit-il là d'un acte volontaire ou d'une de ces manifestations de l'existence telles que le bruit ou l'odeur à propos desquelles Oftinger⁴ admet justement qu'elles ne sont pas visées par l'article 56 CO ?

C) Conclusion.

Il convient de se demander, pour conclure, s'il ne serait pas préférable de supprimer l'exigence de l'*acte de l'animal* pour la mise en jeu de la responsabilité du détenteur. En effet, dans certains cas, la réalisation de cette condition peut prêter à contestation; la plupart du temps cependant elle sera si indiscutablement remplie que personne ne s'en préoccupera. Nous ne croyons pas, pour notre part, que cette suppression soit souhaitable. Du point de vue pratique de la réparation du dommage, elle n'apporterait il est vrai que des avantages. Elle nous paraît toutefois dangereuse dans son principe. Une responsabilité spéciale a été instituée à la charge du détenteur d'animal en raison du danger que constituent pour les tiers ces êtres susceptibles d'agir par eux-mêmes

¹ *Handelsrechtliche Entscheidungen*, VII, p. 159.

² p. 580.

³ RGE, vol. 69, p. 401.

⁴ p. 578.

et d'échapper au contrôle de celui qui les détient. Supprimer l'exigence de l'*acte de l'animal* reviendrait à lui substituer une responsabilité attachée au simple fait de la détention. On créerait ainsi une inégalité flagrante entre le propriétaire d'animal et celui de n'importe quel objet mobilier qui ne répond que de sa faute. Le détenteur d'animal serait, par exemple, plus mal partagé que le détenteur d'automobile. Ce dernier, en effet, lorsque son véhicule n'est pas en *emploi* n'est tenu à des dommages-intérêts que s'il a commis une faute. Il n'est donc, à notre avis, possible de supprimer l'exigence de l'*acte de l'animal* que dans les systèmes juridiques qui créent une responsabilité causale à la charge du détenteur ou du propriétaire de tout objet mobilier. Dans une éventualité de ce genre, on peut même dire que la suppression de la condition *acte de l'animal* s'impose. Sinon, la responsabilité spéciale du détenteur d'animal aurait pour effet, dans certains cas, de placer ce dernier dans une situation plus favorable que celle du détenteur d'une autre chose. L'exemple typique d'une évolution de ce genre nous est fourni par le droit français. Les tribunaux de ce pays faisaient, initialement, de l'existence d'un *fait de l'animal*¹ une condition d'application de l'article 1385 CCF. Par la suite, ils abandonnèrent cette exigence². La raison de ce revirement est claire : dans l'intervalle avait été créée, par la voie jurisprudentielle, une responsabilité causale à la charge du *gardien* de choses mobilières, en d'autres termes la *responsabilité du fait de choses inanimées*³, dans laquelle l'existence d'un dynamisme propre à la chose n'est même plus nécessaire⁴. A ce moment le maintien de la condition *du fait de l'animal* ne se justifiait plus. Dès lors, l'article 1384 et l'article 1385 CCF ont exactement la même portée et les tribunaux les appliquent indifféremment^{5, 6}.

De ce bref rappel de l'évolution de la jurisprudence française à propos du *fait de l'animal*, on peut conclure, nous semble-t-il, qu'il n'y aurait lieu de supprimer cette condition d'application de l'article 56 CO que le jour où le législateur créerait en Suisse un système instituant une responsabilité causale à la charge du détenteur ou du propriétaire de choses inanimées, c'est-à-dire de tout objet mobilier.

¹ Req. 29 janvier 1906, D. 1907 I, p. 71.

² Req. 19 décembre 1927 et 30 janvier 1928, S. 1928 I, p. 177; Civ. 28 janvier 1935, S. 1935 I, p. 141.

³ Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, vol. I, p. 547.

⁴ Id.

⁵ Id.

⁶ Civ. 30 novembre 1938. Gaz. Pal. 18 janvier 1939.

§ 3. *Le dommage et le préjudice moral.*

L'article 56 CO rend le détenteur responsable du *dommage* causé par son animal. Ce terme qualifie la diminution subie par le patrimoine. Il ne comprend pas le préjudice moral.

Le dommage que le détenteur d'animal devra réparer se détermine selon les règles applicables aux actes illicites et en particulier d'après les articles 45 et 46 CO ¹. Il n'y a aucune contestation à ce sujet, de telle sorte que nous pouvons nous borner à renvoyer à ce propos aux commentaires généraux.

En ce qui concerne le préjudice moral, la question est plus délicate et il ne nous paraît pas inopportun de nous y arrêter étant donné les controverses qu'elle a suscitées. Il s'agit bien entendu d'un problème de principe intéressant l'ensemble des responsabilités causales et non seulement celle du détenteur d'animal.

I. La réparation du préjudice moral en matière de responsabilité causale.

Parmi les dispositions légales créant une responsabilité causale, seules la Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles du 15 mars 1932 et la Loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, spécifient dans quels cas le juge peut allouer une indemnité équitable indépendamment de la réparation du dommage constaté (art. 42 LFC et art. 8 LRC). Il faut « des circonstances particulières, notamment... le dol ou la faute grave ».

On ne peut toutefois conclure du fait que les autres dispositions instituant une responsabilité causale ne mentionnent pas le tort moral, que le législateur a entendu exclure la réparation d'un tel préjudice dans ce genre de responsabilité. Il est admis que l'article 47 CO qui règle cette question en matière d'acte illicite doit être appliqué par analogie aux responsabilités causales des articles 55, 56 et 58 CO ². Il est évident cependant que l'article 47 CO dans son application originaire, c'est-à-dire pour la réparation du préjudice moral résultant d'un acte illicite au sens de l'article 41 CO, suppose nécessairement l'existence d'une faute. La question qui se pose, dès lors, est celle de savoir si, quand l'article 47 CO est appliqué par analogie dans le domaine de la respon-

¹ Becker : op. cit., Rem. 1 ad art. 45 CO.

² Becker : op. cit., Rem. 2 ad art. 47 CO ; Oser : op. cit., Rem. 10 ad art. 47 CO ; Schmid : op. cit., p. 168.

sabilité causale, cette exigence de la faute doit être maintenue ou si le responsable pourra être tenu de réparer le préjudice moral sans qu'aucune faute lui soit imputable. En d'autres termes, la cause se substitue-t-elle à la faute comme fondement du tort moral ou ces deux conditions doivent-elles être simultanément réalisées ?

A) *Doctrine.*

Pour Oftinger ¹, l'existence d'une faute est nécessaire pour l'octroi d'une somme d'argent à titre de réparation morale en matière de responsabilité causale. Il convient d'appliquer aux responsabilités causales du CO les règles énoncées dans les lois spéciales (LFC et LRC) car, déclare cet auteur, « les mêmes questions méritent les mêmes réponses » ². Il admet toutefois qu'une faute personnelle du responsable (art. 55 CO, 333 CCS) n'est pas indispensable; celle de la personne dont il répond suffit ³. Dès lors, si l'on applique ce principe au détenteur d'animal, ce dernier sera tenu de payer une indemnité à titre de tort moral en cas de faute de sa part, ou si la personne chargée de surveiller ou de conduire l'animal a commis une faute. Cette règle est valable même si la preuve libératoire prévue à l'article 55 CO en faveur de l'employeur a été faite par le détenteur, car il répond des actes de ses préposés comme des siens propres ⁴.

Oser ⁵ est d'un avis différent. Il pense qu'il y a lieu d'appliquer par analogie en matière de responsabilité causale les règles énoncées à propos des actes illicites. Il tempère toutefois peu après, et considérablement, cette affirmation en déclarant que le juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, devra tenir compte de l'absence de faute en n'accordant une indemnité en réparation du tort moral que si des circonstances particulières le justifient.

Becker, lui, établit une distinction. S'il admet l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral indépendamment de toute faute dans le cas des articles 55 à 58 CO et 333 CCS, il la refuse lorsqu'il s'agit de la responsabilité d'un incapable de discernement (art. 54 CO). Cette dernière disposition vise, d'après lui, uniquement la réparation du dommage matériel et doit être interprétée restrictivement. Par-dessus le marché, le besoin d'une réparation morale lui semble devoir faire défaut dans des cas de ce genre ⁶.

¹ p. 225.

² p. 224.

³ p. 224, Rem. 30.

⁴ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363; Oftinger, p. 588.

⁵ Op. cit., Rem. 10 ad art. 47 CO.

⁶ Op. cit., vol. VI, p. 295, Rem. 13 ad art. 54 CO.

Martin-Achard ¹, enfin, se basant sur un arrêt du Tribunal fédéral ², admet sans difficulté l'application de l'article 54 ancien CO (art. 47 CO) aux dispositions légales instituant une responsabilité causale (art. 54 à 58 CO).

L'impression qui ressort de ce rapide tour d'horizon est que la doctrine n'a pas attaché une importance particulière au problème posé. A part Oftinger, les auteurs ne semblent pas avoir eu grand scrupule à mettre, pour l'application de l'article 47 CO, la responsabilité pour faute et la responsabilité causale sur le même pied. Ils ont sans doute pensé, comme le remarque du reste expressément Oser ³, que le risque n'était pas grand. Faisant usage de son pouvoir d'appréciation, le juge, en effet, serait amené à refuser, le plus souvent, toute indemnité en réparation du tort moral en cas d'absence de faute, cette dernière étant la principale des circonstances particulières dont il convient de tenir compte ⁴.

Ces divergences entre les auteurs nous amènent tout naturellement à examiner quelle position les tribunaux ont adoptée sur ce point.

B) *Jurisprudence.*

Dans un premier arrêt ⁵, le Tribunal fédéral déclare expressément que l'article 54 CO ancien (qui correspond à l'article 47 CO) est applicable dans tous les cas de lésions corporelles ou de mort d'homme, que la demande soit fondée sur un acte illicite du défendeur ou sur sa responsabilité légale pour les actes d'un tiers ou encore sur sa responsabilité de détenteur d'un animal ou de propriétaire d'un ouvrage. Ce considérant n'a toutefois pas la valeur décisive que l'on serait enclin à lui prêter à première vue. En effet, dans le cas tranché alors par le Tribunal fédéral, une faute avait indiscutablement été commise, de telle sorte que l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral se justifiait de toute façon. A notre avis, pour qu'un problème de ce genre soit considéré comme résolu, il doit se présenter à l'état pur, c'est-à-dire que la question de l'attribution d'une indemnité pour tort moral se pose dans un cas où seule la responsabilité causale peut lui servir de fondement. Il faut donc que de toute évidence aucune faute ne puisse être retenue à la charge du responsable lui-même ou des personnes dont il répond. Cette éventualité ne se trouvera que très rarement réalisée. Nos tribunaux ne sont pas exigeants en matière de faute; ils arrivent même à en cons-

¹ *De la réparation pécuniaire du tort moral*, thèse Genève 1908, p. 88.

² RO XI, p. 537.

³ Op. cit., Rem. 10 ad art. 47 CO.

⁴ Oser : op. cit., Rem. 12 ad art. 47 CO.

⁵ RO XI, p. 537.

truire qui ne sont que de pures vues de l'esprit. Cette attitude les a dispensés, pendant longtemps, d'avoir à se prononcer de façon formelle sur le point qui nous intéresse.

Dans plusieurs décisions postérieures à l'arrêt qui vient d'être cité ¹, le pouvoir de libre appréciation des tribunaux se trouve souligné. S'il est dit dans l'article 54 CO ancien que le juge peut allouer une indemnité équitable, alors même qu'aucun dommage matériel ne serait établi, « notamment s'il y a eu dol ou faute grave » (précision que l'article 47 actuel ne contient plus), ce n'est qu'une indication qui ne veut dire « ni qu'on ne peut faire usage de la faculté de l'article 54 CO que dans ces cas-là, ni qu'il faut toujours en user dans ces cas ». Le Tribunal fédéral ne précise toutefois pas si cette libre appréciation peut jouer même en l'absence de toute faute. Il semble cependant, dans quelques arrêts, exiger tout au moins une faute légère ², sans se prononcer expressément à ce sujet. La même idée transparait encore dans certaines décisions où la demande de réparation morale fut rejetée en raison de la faute commise par la victime et de l'absence de faute de l'auteur du dommage ³. Les hésitations de la jurisprudence s'expriment, par exemple, de façon très nette dans l'arrêt Dietrich contre Gobbi du 3 février 1932 ⁴. Le Tribunal fédéral se pose nettement la question de savoir si l'allocation d'une indemnité à titre de réparation morale doit être subordonnée à l'existence d'une faute, pour déclarer ensuite que, en l'espèce, ce problème n'a pas à être résolu, une faute ayant été commise.

Depuis lors et jusqu'à une date récente la solution n'a pas été donnée. Cela n'est pas étonnant puisque dans la grande majorité des cas les circonstances permettent d'éluder la question. Si les tribunaux ressentent le besoin d'accorder une indemnité pour tort moral, ce sera le plus souvent en raison de la faute imputable à l'auteur du dommage. Si ce dédommagement leur paraît par contre injustifié, ce sera, sans doute, parce que la victime a elle-même une faute à se reprocher. Ainsi la faute du défendeur et la faute concomitante du lésé permettront de trancher sans difficulté la quasi-totalité des litiges. Pour que le Tribunal fédéral soit contraint à se prononcer de façon nette il fallait un cas où les deux facteurs relevés ci-dessus soient absents. Pratiquement une telle éventualité ne pouvait se présenter que sur le terrain de l'article 54 CO où, par principe, aucune faute n'existe et où, le plus souvent, la faute concomitante sera également absente. Le problème s'est posé très récem-

¹ Par exemple RO 20, p. 209; 29/II, p. 611; SJ 1904, p. 709.

² RO 32/II, p. 508; 33/II, p. 587.

³ RO 41/II, p. 692; JT 1943, p. 454; SJ 1943, p. 385.

⁴ RO 58/II, p. 42; JT 1932, p. 371.

ment au Tribunal fédéral sous cette forme dans la cause Dame Richter contre Lienhard-Meier ¹.

Les faits étaient les suivants : atteint de dépression nerveuse, un homme tue sa femme, puis se suicide. Le partage de l'héritage donne lieu à un procès entre les héritiers du mari et la mère de la femme. Cette dernière, en plus de sa part d'héritage, réclamait des dommages-intérêts pour perte de soutien et enfin une indemnité à titre de réparation morale. A ce propos, le Tribunal fédéral déclare que la loi doit être comprise comme accordant au juge le pouvoir d'apprécier librement s'il y a lieu ou non d'accueillir une demande d'indemnisation du préjudice moral. Ce pouvoir de libre appréciation existe en ce qui concerne la responsabilité causale aussi bien qu'en matière de responsabilité fondée sur l'article 41 CO et cela même si aucune faute n'est imputable au responsable causal ou à la personne dont il répond. La réparation du préjudice moral au sens de l'article 47 CO, poursuit le Tribunal fédéral, n'a pas un caractère essentiellement pénal, contrairement à ce que pense Oftinger ². Les conséquences des lésions corporelles ou de la mort que vise l'article 47 CO ont le caractère d'éléments de fait et leur existence ne dépend pas de la présence ou de l'absence d'une faute. Il s'agit d'atteintes à la joie de vivre et aux possibilités de déployer son activité qui sont simplement la conséquence de lésions corporelles ou d'un décès et non d'une faute. L'article 47 CO vise avant tout à adoucir des souffrances qui peuvent parfaitement, suivant les circonstances, se rencontrer en matière de responsabilité causale et sans qu'il existe de faute. Le texte des articles 54, 55, 56 et 58 CO ne restreint nullement l'obligation de réparer au dommage patrimonial. Il n'y a enfin rien à tirer pour l'interprétation du droit commun des dispositions des lois spéciales (art. 8 LRC et 42 LFC) qui n'admettent la réparation du préjudice moral qu'en cas de faute ³.

Cette argumentation du Tribunal fédéral ne nous paraît pas inattaquable. On peut formuler à son encontre deux objections principales : la première est qu'elle ne tient compte que des intérêts du lésé et la seconde qu'elle établit une différence de traitement contraire à l'équité entre le responsable des articles 55, 56 et 58 CO et le détenteur d'automobile. Examinons pour terminer ces deux points :

a) L'arrêt Richter contre Lienhard-Meier ³ que nous venons d'étudier relève, à juste titre, que l'indemnité selon l'article 47 CO vise à compenser une « atteinte à la joie de vivre » qui peut exister sans faute

¹ RO 74/II, p. 202; JT 1949, p. 517.

² p. 219, Rem. 10.

³ RO 74/II, p. 202 ss; JT 1949, p. 517 ss.

du responsable. Cela est parfaitement exact. Il est non moins certain, par contre, que la loi n'a voulu accorder la réparation d'un tel préjudice que si des circonstances particulières le justifiaient. Or, par ces termes, le législateur a visé principalement le dol ou la faute grave, que l'article 54 CO ancien citait du reste expressément. A moins de circonstances exceptionnelles, la simple faute n'est pas suffisante pour autoriser l'application de l'article 47 CO. Cela signifie, semble-t-il nettement, que la loi avait pour but d'établir un certain équilibre entre les intérêts du fautif et ceux du lésé. La faute, en principe, permet au lésé de réclamer tout son dommage au responsable; ce dernier, par contre, est tenu quitte du préjudice moral à moins que son attitude ne justifie le paiement d'une indemnité supplémentaire. Il nous semble quelque peu paradoxal d'admettre, dans un système de responsabilité consacrant malgré tout la primauté de la faute (voir art. 51 CO), que l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral est subordonné, en principe, à l'existence d'une faute grave, mais que, dans certains cas, elle peut être accordée sans qu'il y ait la moindre faute. Le préjudice moral causé sans faute est considéré comme survenu par cas fortuit et il ne nous paraît pas excessif, du point de vue de l'équité, de prétendre qu'il doit rester à la charge de celui qui l'a subi. Nous sommes, dès lors, d'avis que le Tribunal fédéral ne tient pas, dans son raisonnement, la balance égale entre les deux intéressés et qu'il favorise outre mesure la victime au détriment du responsable.

b) Le Tribunal fédéral admet que deux lois spéciales, dont en particulier la Loi fédérale sur la circulation (art. 42), subordonnent l'octroi d'une indemnité pour tort moral à l'existence d'une faute. Cela aurait dû, nous semble-t-il, l'empêcher de prétendre qu'une telle condition ne pouvait être posée lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes de responsabilité causale édictées par le droit commun.

Le but des dispositions instituant des responsabilités causales est de garantir aux tiers une protection suffisante contre les dangers attachés à une situation de fait particulière : détention d'animal, de véhicule à moteur, propriété d'ouvrage, etc. Pour que ces normes ne violent pas l'équité, il est nécessaire qu'il existe, d'une part, un certain équilibre entre le danger envisagé et la protection accordée et il faut, d'autre part, que les différences constatées entre les diverses normes de responsabilité causale soient justifiées par l'importance plus ou moins grande du danger qu'elles sont destinées à contrebalancer. Il est clair qu'une gradation parfaite des règles applicables en matière de réparation du dommage ne pourra être obtenue que par une refonte complète des dispositions légales existant actuellement en la matière. Cela n'empêche pas cepen-

dant que, maintenant déjà et pour autant que les lois en vigueur ne s'y opposent pas, le juge ne devrait pas choisir des solutions inverses de celles que retiendrait l'équité en comparant différents types de responsabilité causale.

Illustrons notre raisonnement par un exemple : le risque inhérent à la détention d'un animal paraît en principe inférieur à celui créé par la détention d'un véhicule à moteur. Il nous paraît, dès lors, que l'équité voudrait que le détenteur d'animal ne soit pas soumis à une responsabilité plus étendue que le détenteur de véhicule à moteur. Il s'ensuit que si la Loi fédérale sur la circulation contient une disposition n'autorisant l'octroi d'une indemnité en réparation du préjudice moral que s'il y a faute, cette règle doit s'appliquer par analogie à la responsabilité instituée par l'article 56 CO. Il doit en être de même, par exemple, du principe énoncé par l'article 37, alinéa 4, de la Loi fédérale sur la circulation en matière de transport gratuit.

Dans l'arrêt Richter contre Lienhard-Meier que nous venons de commenter, le Tribunal fédéral arrive à la solution inverse. Il ne semble, en particulier, voir aucun inconvénient à l'octroi d'une indemnité en réparation du préjudice moral sans faute du responsable sur la base de l'article 56 CO alors que l'article 42 de la Loi fédérale sur la circulation s'y oppose lorsqu'il s'agit d'un détenteur d'automobile.

Nous pensons donc que le Tribunal fédéral, impressionné par les circonstances tragiques de l'affaire Richter contre Lienhard-Meier, a donné libre cours à ses sentiments. Il crée une différence de plus dans le domaine de la responsabilité causale alors qu'au contraire tous les efforts devraient tendre à y instaurer une certaine unité.

Section II

AUTRES DISPOSITIONS LÉGALES POUVANT ÉVENTUELLEMENT RÉGIR LA RÉPARATION DU DOMMAGE PROVENANT DES ANIMAUX

Ainsi que nous l'avons relevé au début du présent chapitre, il faut envisager la possibilité que d'autres dispositions légales soient applicables concurremment avec l'article 56 CO ou même se substituent à ce dernier. Il y a lieu, pensons-nous, de distinguer à cet égard les cas suivants :

- § 1. Le cumul de deux actions.
- § 2. La responsabilité plurale.
- § 3. L'éventualité où l'une des conditions posées à l'application de l'article 56 CO n'est pas remplie.

§ 1. *Le cumul de deux actions.*

Le cumul est possible dès que les conditions d'application d'une autre norme se trouvent réalisées en même temps que celles de l'article 56 CO. Cette seconde règle peut être de nature contractuelle ou délictuelle.

I. *Action fondée sur l'article 56 CO et action fondée sur un contrat.*

Le détenteur peut être responsable d'un dommage causé par son animal non seulement en vertu de l'article 56 CO mais encore en raison de la violation par lui d'un contrat le liant au lésé. Les rapports conventionnels entre détenteur et victime peuvent revêtir différentes formes. Les contrats rencontrés le plus fréquemment seront le bail, le prêt, le mandat, le contrat de travail, le contrat d'entreprise. Nous étudierons ce problème de façon approfondie dans le chapitre consacré à la preuve libératoire où il se trouve mieux à sa place. Aussi nous bornons-nous, pour le moment, à le mentionner.

II. *Action fondée sur l'article 56 CO et sur une autre règle créant une responsabilité légale ou pour acte illicite.*

Le responsable que désigne la disposition applicable parallèlement à l'article 56 CO peut être une autre personne que le détenteur. Il s'agit dans cette hypothèse d'un cas de responsabilité plurale, éventualité que nous examinerons sous paragraphe 2. Il y a dans une pareille situation plusieurs personnes qui, agissant de concert ou de façon indépendante, causent ensemble un dommage à un tiers.

Lorsque l'autre disposition légale applicable rend également le détenteur responsable, cela signifie que ce dernier a violé simultanément deux règles. Il y a concours de lois. Ce concours est concevable entre l'article 56 CO et toute une série d'autres articles du Code : 333 CCS, 679 CCS, 684 CCS, 41 CO, 54 CO, 55 CO, 58 CO. Dans cette éventualité, le lésé peut invoquer soit l'article 56 CO, soit l'autre disposition légale que le détenteur a violée à la même occasion. La norme envisagée peut lui être plus favorable que l'article 56 CO. Cet avantage est suscep-

tible de se concrétiser de diverses manières. Par exemple, les conditions d'application de l'autre article sont plus faciles à établir, cette règle, tels l'article 58 CO, les articles 679 et 684 CCS, ne prévoyant pas de preuve libératoire. Enfin il ne faut pas oublier que l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral est lié de très près à la question de la faute. Nous soutenons, pour notre part, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, que la réparation du tort moral ne doit être accordée qu'en cas de faute¹. Toutefois, même si l'on ne subordonne pas de façon absolue le tort moral à la faute, il n'en demeure pas moins que parmi les circonstances particulières de l'article 47 CO la faute occupe une place de premier plan. Pour cette raison le lésé aura intérêt à invoquer non seulement l'article 56 CO mais encore les articles 41 et 47 CO, donc à établir que le dommage qu'il subit a été causé par une faute. Dans ce cas, l'appel à des dispositions légales plus générales permet de tenir compte du caractère plus ou moins grave des griefs retenus contre le détenteur.

Nous signalerons pour clore que l'article 56 CO permet uniquement au lésé de réclamer la réparation d'un préjudice qu'il a subi. Il ne l'autorise pas à intenter une action préventive pour empêcher qu'un dommage ne lui soit causé dans l'avenir. L'article 679 CCS, par contre, autorise la personne simplement menacée d'un dommage, parce qu'un propriétaire excède son droit, à actionner ce propriétaire pour qu'il prenne des mesures en vue d'écarter le danger. Ainsi, un voisin d'un propriétaire détenteur d'animaux qui estime que les animaux en question sont mal gardés ou que les installations sont insuffisantes, pourra attaquer le propriétaire du fonds avant la survenance du moindre dommage, à titre purement préventif². L'article 679 CCS constitue donc un complément appréciable de l'article 56 CO en cette matière.

En définitive, le cumul d'actions fondées sur des dispositions différentes du code contre le même responsable peut avoir une importance pratique, l'influence la plus marquée et la plus fréquente étant celle de la faute en ce qui concerne le tort moral.

§ 2. *La responsabilité plurale.*

Cette responsabilité existe sous deux formes : lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble le dommage par leur faute (art. 50 CO) et lorsque plusieurs personnes répondent d'un même dommage pour

¹ Voir supra, p. 33.

² Kistler : *Schweizerisches Bienenrecht*, p. 64.

des causes différentes (art. 51 CO). Il y a dans la première éventualité solidarité parfaite et dans la seconde solidarité imparfaite.

Dans les deux cas, le lésé peut demander à l'un des responsables la réparation du dommage total qu'il subit ¹, quitte à celui qui a payé pour les autres à obtenir le remboursement de tout ou partie de ses prestations par la voie du recours. Le problème posé par la responsabilité plurale en matière de recours est très délicat. Nous l'examinerons spécialement plus loin ². Par contre, l'institution de la solidarité rend sans grande importance pour le lésé la question de savoir si éventuellement un tiers est responsable à côté du détenteur en vertu d'une autre disposition légale que l'article 56 CO. En pratique, la situation se présente parfois sous un aspect différent, car l'élément de la solvabilité joue alors son rôle. Il est clair que le lésé, s'il veut s'éviter des complications, aura intérêt à actionner le responsable qui offre les meilleures perspectives quant au paiement effectif de l'indemnité allouée. Ainsi, il pourra être plus fructueux d'attaquer un gardien solvable en vertu de l'article 41 CO, qui oblige à établir la faute, que de s'adresser à un détenteur insolvable parce que l'application de l'article 56 CO n'est pas subordonnée à la faute.

§ 3. *Application d'une autre disposition légale en lieu et place de l'article 56 CO.*

Cette question est la plus intéressante, mais aussi la plus délicate à résoudre.

Un premier cas doit être mentionné spécialement : celui du dommage causé par les chiens des chasseurs lors de l'exercice de la chasse. Rien ne s'opposerait à première vue à l'application de l'article 56 CO. Toutefois, cette disposition doit être écartée au profit de l'article 13 de la Loi fédérale du 10 juin 1952 sur la chasse et la protection des oiseaux ³. Ce dernier texte crée une responsabilité causale pour tous les dommages causés lors de l'exercice de la chasse et prévaut sur l'article 56 CO dans la mesure où il serait applicable. L'article 13 de la Loi fédérale sur la chasse est, en effet, considéré comme constituant une disposition spéciale qui déroge, en ce qui concerne le dommage causé lors de la chasse par les animaux (les chiens le plus souvent), à la disposition générale de l'article 56 CO. Il convient de souligner à cet égard que l'article 13 de la loi précitée

¹ von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 364 et 365.

² p. 157 ss.

³ Oftinger : p. 555.

n'autorise aucune preuve libératoire, de telle sorte que la responsabilité du chasseur est encore plus étendue que celle du détenteur.

Une fois cette éventualité mise à part, l'hypothèse à envisager est que, bien qu'il s'agisse d'un dommage provenant d'un animal, l'article 56 CO ne permettra pas au lésé d'en obtenir réparation.

I. Dommage causé par l'animal sans détenteur.

On est tenté, à première vue, de prétendre que dans une pareille éventualité le lésé devra supporter lui-même son dommage. Cette conclusion est exacte jusqu'à un certain point, mais n'est pas valable de façon absolue. Il peut arriver que d'autres dispositions légales permettent d'accorder à la victime la protection qui devrait lui être refusée sur le terrain de l'article 56 CO. Le premier article auquel il peut être fait appel est l'article 41 CO. Le lésé pourra l'invoquer d'abord lorsqu'il s'agit d'un dommage causé par un animal abandonné par son maître. Il est clair que si lors de la déréliction ce dernier n'a pas pris toutes les précautions requises pour éviter que l'animal abandonné ne cause un dommage à un tiers, le juge verra là une négligence au sens de l'article 41 CO¹.

Comme nous le verrons plus loin, une personne n'est pas considérée comme détentrice de la vermine qu'elle porte sur elle ou des animaux nuisibles qui pullulent sur ou dans un immeuble lui appartenant. Il serait faux d'en conclure que le tiers auquel ces animaux causent un dommage ne jouit d'aucune protection. Là encore il peut invoquer l'article 41 CO. Toutefois, le champ d'action de cette règle demeure limité puisqu'elle suppose l'existence d'un acte illicite. En fait, le dommage sera pratiquement toujours causé parce que le responsable éventuel n'aura pas pris certaines précautions, mesures de destruction en particulier. Or l'ordre juridique n'impose pas d'une manière générale à une personne d'agir pour empêcher qu'un tiers ne soit lésé. Une obligation de ce genre n'existe que dans des cas particuliers. Ainsi, par exemple, l'autorité publique peut ordonner à chaque propriétaire de terrain la destruction de tel ou tel animal nuisible, d'un parasite de la végétation. Si en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence, les prescriptions légales en la matière une des personnes visées cause un dommage à un tiers, ce dernier pourra invoquer l'article 41 CO. De telles dispositions demeurent toutefois l'exception. L'article 41 CO n'accorde donc pas une protection totale. Il y a aussi lieu d'envisager l'application des

¹ Oftinger : p. 570.

articles 679 et 684 CCS réglant la réparation du dommage causé par le propriétaire foncier qui excède son droit. Ces articles jouent un rôle important en ce qui concerne le dommage provenant des animaux. Nous examinerons leurs conditions d'application en guise de conclusion au présent chapitre, car leur portée dépasse le cadre de l'éventualité que nous envisageons présentement, celle de l'animal sans détenteur. L'article 56 CO n'est pas non plus applicable au dommage causé par le gibier, car ce dernier n'a pas de détenteur ¹. Il appartient à la législation cantonale de statuer sur la réparation éventuelle d'un tel dommage ².

II. *Dommage survenu sans qu'il y ait « acte de l'animal ».*

Une des principales éventualités dans laquelle ce problème se pose est celle de l'animal qui cause un dommage alors qu'il se trouve sous la conduite de l'homme. Cette question a déjà été examinée en détail au cours du présent chapitre ³ de telle sorte que nous n'avons pas à y revenir. Dans cette hypothèse, le lésé pourra invoquer l'article 41 CO, éventuellement les articles 55 CO ou 333 CCS, pour autant que les conditions d'application de ces dispositions soient réunies.

Un autre cas moins fréquent mais important malgré tout, où il n'y a pas *acte de l'animal* est celui où l'animal cause un dommage du simple fait de son existence; si, par exemple, il gêne les voisins de son détenteur par son odeur ou ses cris ⁴.

Dans une telle éventualité, l'article 41 CO ne sera, le plus souvent, pas d'un grand secours au lésé, l'acte illicite faisant défaut. Beaucoup plus important sera le rôle joué par les articles 679 et 684 CCS car la simple détention d'animaux pourra constituer un excès dans l'exercice du droit de propriété sur un immeuble, sans qu'il y ait *acte de l'animal* dans le sens exigé par l'article 56 CO. Nous verrons plus loin de façon plus précise ce qu'il y a lieu d'entendre par ces termes.

III. *Le détenteur peut se mettre au bénéfice de la preuve libératoire prévue par l'article 56 CO.*

Dans ce cas, il n'est pas concevable que le lésé puisse s'appuyer avec succès sur l'article 41 CO. La diligence requise du détenteur va évidemment au-delà de ce qu'on peut exiger de lui en vertu de l'article 41 CO,

¹ Oftinger : p. 554.

² Art. 33 de la Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux.

³ Voir *supra*, p. 21.

⁴ Oftinger, p. 578.

de telle sorte que si la preuve libératoire de l'article 56 CO est faite, aucun acte illicite ne pourra être relevé contre le détenteur. Les seules dispositions légales théoriquement applicables demeurent les articles 679 et 684 CCS.

§ 4. *Application des articles 679 et 684 CCS.*

Introduction.

Nous venons d'épuiser les diverses éventualités dans lesquelles l'article 56 CO peut se combiner avec une autre disposition légale, voire être remplacé par elle.

Les articles dont l'application mérite d'être examinée spécialement sont les articles 679 et 684 CCS. Ces dispositions présentent toutefois certaines particularités qu'il convient de rappeler avant de les utiliser en matière de dommages causés par des animaux.

A) La responsabilité selon les articles 679 et 684 CCS n'existe que si l'acte dommageable dérive de l'usage d'un fonds, que ce soit à titre économique ou non.

B) Suivant certains auteurs, l'action des articles 679 et 684 CCS n'appartient pas à n'importe quel lésé. L'Huillier¹, en particulier, allègue que l'article 679 CCS vise uniquement à protéger le voisin, c'est-à-dire celui qui possède le fonds atteint. Cette opinion n'est toutefois pas celle de la majorité de la doctrine qui enseigne que l'action appartient à tout lésé².

Pour illustrer la différence entre ces deux avis, nous citerons un exemple tiré de la jurisprudence³ : Les bruits provenant d'un jardin zoologique privé troublent le repos des clients d'un sanatorium. D'après L'Huillier, ces personnes n'auraient pas qualité pour demander l'éloignement des animaux bruyants, seul le propriétaire ou le gérant du sanatorium pourrait le faire. Si l'on suit la doctrine dominante, par contre, les clients seraient également fondés à agir en vertu des articles 679 et 684 CCS.

C) Il convient de savoir qui a qualité pour être actionné selon les articles 679 et 684 CCS. Le texte de ces articles parle du propriétaire, mais ce dernier répond-il du dommage provenant d'un acte accompli sur son fonds par un tiers ?

¹ *La responsabilité du propriétaire foncier selon l'article 679 CCS*, Actes de la Société suisse des juristes : fascicule I, p. 1952.

² L'Huillier : op. cit., p. 32 a.

³ SJZ 12, p. 315.

Si le tiers fait usage du fonds en vertu d'un droit personnel, c'est le propriétaire qui, d'après L'Huillier, répondra du dommage ¹. Si l'auteur du dommage a causé ce dernier en usant d'un droit réel restreint, il aura qualité pour être actionné et le propriétaire sera libéré de toute responsabilité ².

D) La responsabilité instituée par les articles 679 et 684 CCS est indépendante de la faute du propriétaire. Elle ne se fonde cependant pas dans le risque créé par la seule existence du fonds ³. La notion de l'excès du droit de propriété implique une attitude, un comportement du propriétaire que la loi réprouve et sanctionne ⁴.

Ce bref rappel des conditions d'application des articles 679 et 684 CCS nous permettra d'aborder plus commodément les trois éventualités dans lesquelles, comme nous l'avons vu ⁵, une application éventuelle des articles 679 et 684 CCS doit être envisagée.

I. Le dommage a été causé par un animal sans détenteur.

Il ne faut pas perdre de vue, dans cette hypothèse, que le dommage doit être en rapport avec l'exploitation du fonds. Le seul cas susceptible de se présenter, à notre avis, est celui des dégâts causés par des animaux nuisibles, par la vermine qu'un propriétaire laisserait pulluler ou dont l'exploitation de son fonds favoriserait la multiplication. Une négligence de ce genre permettrait vraisemblablement au lésé d'invoquer l'article 41 CO. Cette disposition toutefois ne rendrait possible qu'une action contre l'auteur de l'acte illicite, qui n'est pas nécessairement le propriétaire du fonds. Les articles 679 et 684 CCS permettraient, par contre, d'attaquer ce dernier.

II. Le dommage provient de l'animal, sans qu'il y ait « acte » de ce dernier.

L'application de l'article 56 CO présuppose, nous l'avons vu ⁶, un *acte de l'animal*. Ne permettent, en particulier, pas d'invoquer l'article 56 CO les dommages que cause l'animal du simple fait de son existence, sans que sa volonté, pour employer ce terme anthropomorphique, entre en ligne de compte. Tombe dans cette catégorie le cas de

¹ Op. cit., p. 57 a.

² Op. cit., p. 61 a.

³ L'Huillier : op. cit., p. 19 a.

⁴ Id.

⁵ Voir supra, p. 40 ss.

⁶ Voir supra, p. 21.

l'animal qui gêne les voisins par ses cris¹, son odeur. Le dommage entraîné par ces manifestations vitales pourra faire l'objet d'une action fondée sur les articles 679 et 684 CCS si les conditions d'application de ces dispositions sont remplies. Il faudra, entre autres, que l'élevage de l'animal constitue, de la part du propriétaire du fonds, un excès dans l'exploitation de ce dernier.

III. *Le détenteur est en mesure de faire la preuve libératoire de l'article 56 CO.*

Peut-on envisager que le détenteur qui établit avoir gardé et surveillé son animal avec la diligence requise demeure malgré cela responsable du dommage causé? Ce problème ne nous paraît guère se poser qu'à propos des abeilles. Pour le résoudre nous allons donner un bref aperçu de la responsabilité de l'apiculteur. Ce cas particulier de responsabilité du détenteur d'animal a été spécialement étudié dans un ouvrage de Wilhelm Kistler intitulé *Schweizerisches Bienenrecht*.

Cet auteur considère, comme nous, que l'application de l'article 56 CO nécessite un *acte de l'animal*². Or, seule la piqure remplit cette condition³. La réparation des autres dommages sera soumise aux articles 679 et 684 CCS. Il y aura lieu, au surplus, de répartir les piqures d'abeilles en deux catégories suivant l'identité de la victime. Il peut s'agir d'un tiers quelconque ou d'un voisin de l'apiculteur. Si le lésé n'a pas la qualité de voisin, l'article 56 CO sera appliqué comme il l'est habituellement⁴. L'apiculteur aura la possibilité de se libérer en établissant avoir pris toutes les précautions exigées par les circonstances.

Le rôle de l'article 56 CO sera tout différent lorsque les abeilles piquent des voisins. Il n'est pas douteux que la présence d'abeilles à proximité entraîne pour ces derniers des désagréments. D'après Kistler, le voisin doit faire preuve d'une large tolérance à l'égard de ces émissions du fonds que sont les abeilles⁵. En compensation, le détenteur des abeilles répondra de façon absolue du dommage causé par elles à proximité immédiate du rucher. Cette responsabilité absolue s'étendra, d'après la pratique, sur un rayon de cinquante mètres⁶. Plus loin la question de la preuve libératoire se posera⁷.

¹ RO 40/II, p. 26; SJ 1914, p. 417; JT 1914, p. 272.

² Op. cit., p. 114.

³ Op. cit., p. 114.

⁴ Kistler : op. cit., p. 66.

⁵ Kistler : op. cit., p. 121.

⁶ Kistler : op. cit., p. 122.

⁷ Kistler : op. cit. p. 122.

Pour les dommages autres que ceux résultant des piqûres, les voisins devront invoquer les articles 679 et 684 CCS. La première de ces dispositions présente l'avantage de permettre aux intéressés d'agir à titre préventif, avant qu'un dommage ne survienne, contre le propriétaire du fonds où se trouve le rucher. Le voisin menacé pourra exiger que des mesures soient prises pour que la présence des abeilles ne lui soit pas intolérable. Il s'agira de précautions à observer lors de l'installation du rucher, consistant à placer ce dernier à une distance suffisante de la limite de propriété¹, à l'entourer de haies vives², de parois ou d'espaliers³.

Il résulte de ces précisions données par Kistler qu'en ce qui concerne les dommages dus aux abeilles, les dispositions qui seront le plus souvent applicables seront les articles 679 et 684 CCS. L'article 56 CO ne jouera qu'un rôle accessoire, la preuve libératoire devenant même caduque à l'égard des voisins pour les dommages causés à proximité immédiate du rucher.

¹ Kistler : op. cit., p. 66.

² Kistler : op. cit., p. 67.

³ Kistler : op. cit., p. 68.

Chapitre II

LA PERSONNE RESPONSABLE

Introduction

L'article 56 CO dispose :

En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable.

Nous touchons là le problème central que pose la réparation du dommage causé par les animaux: la détermination de la personne à qui incombe cette réparation. Le simple énoncé du critère émis par le législateur, *la personne qui le détient*, laisse d'emblée supposer que de sérieux obstacles devront être surmontés avant qu'un principe général servant à identifier le responsable dans tous les cas puisse être dégagé. L'article 56 CO ne se rattache, sur ce point, à aucune autre notion juridique connue, telle que, par exemple, la propriété ou la possession, qui, appliquée au domaine restreint du dommage causé par les animaux, permettrait de déterminer le responsable. Ce caractère particulier a nécessité l'emploi d'un terme spécial, celui de *détenteur*, qui a alors un tout autre sens que celui dans lequel l'utilisent les théories relatives à la possession en matière de droits réels.

Pour tenter d'apporter le maximum de clarté dans l'étude de ce problème délicat, nous en examinerons séparément les trois aspects principaux; ce sont :

- 1) les éléments de la notion de détention,
- 2) les critères à rejeter,
- 3) la notion de détention dégagée par la jurisprudence.

LES ÉLÉMENTS DE LA NOTION DE DÉTENTION

En lisant la doctrine et la jurisprudence suisses relatives à l'article 56 CO, on est assez étonné de la façon dont le problème de savoir qui est le sujet de cette responsabilité a été généralement abordé. Il semble que, hypnotisés par les questions pratiques à résoudre, auteurs et tribunaux ont marché droit au but: le détenteur, sans se préoccuper de donner à leurs raisonnements une base de départ assez large, assez solide. Ils ont essayé de déterminer une personne, alors qu'il aurait fallu, en premier lieu, constater qu'à la base de l'article 56 CO nous trouvons un rapport, le rapport personne-animal. Une fois ce rapport défini, caractérisé, il eût été sans doute plus facile de dire qui en était le sujet et quel en était l'objet. On a procédé comme si l'on avait cherché à définir le propriétaire sans avoir une idée claire de la propriété, ou le possesseur sans savoir ce que c'est que la possession.

A la base de l'article 56 CO se trouve un rapport. Ce rapport existe entre une personne et un animal. L'article 56 CO détermine quelle est la situation des tiers vis-à-vis de ce bloc personne-animal.

Le caractère particulier de cette notion nous paraît avoir été assez mal entrevu ou en tout cas imparfaitement défini avant Oftinger. Cet auteur, par contre, souligne d'entrée de cause qu'il y a là « un rapport *sui generis* dont l'existence doit être déterminée uniquement au moyen de l'article 56 CO » ¹. Il insiste, d'autre part, sur la liaison qu'il convient nécessairement d'établir entre la détention et la preuve libératoire ².

La démonstration qu'en règle générale la doctrine n'a pas cherché à déterminer le détenteur au moyen de la preuve libératoire est fournie par les exposés de Schmid ³ et de Heuberger ⁴. Ces deux auteurs nous semblent avoir été vivement impressionnés par les controverses relatives à l'application du paragraphe 833 BGB et, tout en relevant eux-mêmes leur peu de pertinence, avoir quelque peine à se dégager de l'impasse créée par la volonté de rattacher la détention à une notion juridique existante, en l'espèce à une des formes de la possession. Par réaction, Heuberger en vient même à prétendre que la détention se caractérise

¹ p. 560.

² p. 559.

³ Op. cit., p. 75 ss.

⁴ Op. cit., p. 17 ss.

plus par des circonstances de fait ou économiques que par des facteurs juridiques ¹.

Nous préférons partir du principe énoncé par Oftinger, qui est indiscutablement le plus solide, pour tenter de dégager une notion aussi claire que possible de ce rapport personne-animal que, pour simplifier, nous appellerons *détention*.

A la base de la détention se place, à notre avis, la volonté d'une personne d'exercer un certain pouvoir sur un animal, de disposer de lui. Il ne faut toutefois pas donner à ce dernier terme le même sens qu'en matière de droit réel: disposer d'un animal ne veut pas dire uniquement l'aliéner, mais déterminer de façon indépendante son utilisation et plus généralement encore de quelle manière il passera son existence. Ainsi donc, premier aspect de la détention, elle est intentionnelle. Cette volonté doit, d'autre part, se combiner avec un second élément: la maîtrise effective. Nous examinerons successivement ces deux conditions de la création de la détention, comment elles se combinent, puis ce qui se passe quand elles disparaissent, en d'autres termes les causes d'extinction de la détention.

§ 1. *La volonté comme élément de la détention.*

La volonté est indiscutablement l'élément capital de la notion de détention, c'est elle qui lui donne son caractère de rapport juridique. Pour ne pas l'avoir vu, Heuberger arrive à la conclusion fausse que la notion de détention est d'origine économique et que les meilleures définitions du détenteur sont celles qui mettent l'accent sur le critère économique de profit personnel ². Il découle de cette exigence d'un caractère intentionnel, qu'en l'absence de volonté il n'y a pas de détention. L'existence d'un simple pouvoir de fait ne suffit pas pour entraîner l'application de l'article 56 CO. C'est là un point sur lequel il convient d'insister. En effet, en matière de responsabilité causale, on prend si facilement l'habitude de déduire la responsabilité de simples rapports de fait, que certains risqueraient de mettre en doute la nécessité de l'existence d'une intention pour créer ou maintenir la détention.

Il nous semble que l'on n'accorde pas à cet élément de la volonté toute l'importance qu'il mérite. Oftinger, en particulier, ne le met nullement en relief. Il définit la détention comme un rapport de puissance, un pouvoir (*Gewaltverhältnis*)³, ce qui donne, de prime abord, l'impres-

¹ Op. cit., p. 22.

² Op. cit., p. 18.

³ p. 559.

sion qu'il retient uniquement un rapport de fait dans lequel l'intention ne joue aucun rôle; mais immédiatement après, il précise sa définition en déclarant qu'il s'agit du pouvoir de disposer de l'animal, c'est-à-dire comme nous venons de le relever, du pouvoir de déterminer, avec une certaine indépendance tout au moins, la façon dont l'animal passera son existence. Or un tel pouvoir est inséparable, n'existe qu'en vertu de la volonté de celui qui entend en bénéficier. Ce facteur de l'intention est impossible à rejeter. Comment, en effet, sans lui, distinguer le détenteur du simple gardien auquel cette qualité n'est pas reconnue. Le gardien aura indiscutablement le pouvoir de fait et devrait être considéré comme détenteur si ce simple pouvoir suffisait à cet effet. S'il ne l'est pas, c'est parce qu'il existe une autre condition, l'intention de disposer selon sa propre initiative, qui ne se trouve pas remplie par lui. Le critère du simple pouvoir de fait ne permet indiscutablement pas d'éliminer le gardien et doit, pour ce motif, être considéré comme insuffisant à lui seul. Il faut le compléter par un autre facteur qui ne pourra être que la volonté dont nous venons de parler ou l'intérêt. Ce dernier élément, bien que les commentateurs et la jurisprudence fassent souvent appel à lui ¹, ne nous paraît pas devoir être retenu, ainsi que nous le verrons plus loin. Il n'est, au surplus, d'aucun secours dans de très nombreux cas ², de telle sorte qu'en définitive l'intention nous semble être le complément le plus normal du pouvoir de fait.

Il est du reste faux d'opposer de façon absolue la notion d'intention à celle de profit. Il est erroné également de prétendre que l'intérêt, le profit est un élément de fait dont l'existence est plus facile à constater que celle de la volonté de disposer de l'animal. Le profit n'est en réalité que la concrétisation d'une intention, l'intention d'avoir un avantage économique de l'animal. On ne peut imaginer pouvoir tirer profit d'un animal sans l'avoir voulu. Le profit n'est que la réalisation, le résultat économique, de l'intention. Dès lors, n'est-il pas plus exact de considérer comme déterminant le phénomène initial, la volonté, plutôt que sa conséquence, le profit ? A cette première constatation qu'il n'y a pas de profit sans intention vient s'en ajouter une seconde: l'intention de disposer est plus large que le profit et permet de donner une explication satisfaisante à certains cas dans lesquels le critère du profit n'est d'aucun secours. Ainsi, si partant pour un voyage de six mois en Amérique je laisse mon chien à un ami, le profit sera entièrement pour moi, pourtant mon ami est devenu détenteur. La volonté de disposer combinée avec le

¹ Oftinger, p. 561.

² Oftinger, p. 562.

pouvoir de disposer justifieront, par contre, de façon satisfaisante le transfert de détention qui s'opère de moi à mon ami.

Ce serait un reproche mal fondé, enfin, que de relever qu'en exigeant l'intention nous nous écartons complètement du chemin suivi jusqu'ici par la doctrine. Les commentateurs du BGB exigent, pour que la responsabilité selon le paragraphe 833 entre en ligne, l'existence d'un rapport juridique reconnu par le code entre l'homme et l'animal¹. Une telle condition est incompatible avec l'affirmation que la détention serait un simple pouvoir de fait. L'attention, au surplus, que vouent à son étude les auteurs en question est la meilleure preuve qu'à leurs yeux un simple rapport de fait ne saurait autoriser l'application du paragraphe 833 BGB.

Il faut se demander, en second lieu, si n'importe quelle forme d'intention suffit pour servir de base à la détention. Certainement non. Nous estimons nécessaire l'intention de disposer, c'est-à-dire de prendre des décisions quant à l'utilisation ou l'avenir de l'animal. Disposer signifie dans le sens où nous l'employons *déterminer de façon indépendante* ou mieux *avec une certaine indépendance*. Le terme de *disposition* implique, dans l'acception que nous lui donnons, la notion d'indépendance, de volonté personnelle. Cette indépendance ne sera pas nécessairement totale, celle du propriétaire qui peut vendre, détruire ou utiliser l'animal de la façon qui lui convient le mieux. Il faut cependant qu'elle acquière déjà un certain degré. Ainsi l'employé qui doit conduire un animal à la gare pour l'expédier peut, suivant les circonstances, faire preuve d'une certaine initiative, choisir le train, l'heure à laquelle il partira de chez son patron avec l'animal; il n'en deviendra pas détenteur pour cela. Il n'acquerra pas non plus cette qualité si son patron l'envoie à une foire précise en lui donnant pour mission de vendre l'animal à un prix minimum de x francs. Il deviendra, par contre, détenteur, pensons-nous, si le patron lui confie l'animal en le chargeant de faire la tournée des amateurs éventuels par un voyage de plusieurs jours et en le priant de le réaliser au meilleur prix possible. L'indépendance ainsi conférée nous paraît suffisamment étendue pour entraîner le transfert de la détention. Nous noterons en passant que l'emploi du critère du profit nous conduirait à la solution opposée, car nous admettons par hypothèse que l'employé n'a aucun intérêt personnel à l'opération, ne participe pas au bénéfice éventuellement réalisé par la vente. Cette question de la mesure d'indépendance requise pour servir de base à la détention pose évidemment un problème d'appréciation, mais tous les critères impli-

¹ Schmid: op. cit., p. 80; Heuberger: op. cit., p. 20.

quent à un moment ou à l'autre l'obligation de procéder à un choix.

Nous préciserons encore que la volonté de disposer ne nécessite pas l'exercice des droits civils. Il suffit que la personne intéressée ait une capacité de discernement lui permettant de former la volonté d'exercer un certain pouvoir sur l'animal, même si sa faiblesse mentale ne lui permet pas de juger quelles sont les obligations de surveillance attachées à ce pouvoir. Nous ne voyons, par contre, pas comment une personne totalement incapable de discernement pourrait acquérir, sans le concours de son représentant légal, la qualité de détenteur. La responsabilité de cet incapable pour les dommages causés par un animal dont il se serait emparé doit s'apprécier à la lumière de l'article 54 CO.

Nous noterons enfin, à l'appui de notre thèse selon laquelle la détention n'est pas un pur rapport de fait, que si tel était le cas il suffirait que ce pouvoir de fait disparaisse pour que s'éteigne la responsabilité du détenteur. Or la doctrine n'est pas de cet avis ¹. Nous nous bornons pour l'instant à cette brève remarque et examinerons plus tard les causes d'extinction de la détention.

Si nous exigeons l'intention, il ne suffit pas que l'animal entre lui-même, par hasard ou par la volonté d'un tiers, dans la *sphère* d'une personne pour que celle-ci devienne automatiquement son détenteur; il faut encore qu'il y soit accepté. La question qui se pose alors est celle de l'intensité de la volonté nécessaire pour qu'il y ait création du rapport de détention. Il suffit à notre avis d'une volonté toute générale. Ainsi, par exemple, le détenteur d'un animal devient détenteur des petits de ce dernier dès leur naissance. De même, si l'acheteur d'une pièce de bétail envoie son employé en prendre livraison, il deviendra détenteur de l'animal remis par le vendeur, même si, en réalité, il ne s'agit pas de la bête choisie par lui.

Théoriquement, on peut encore se demander s'il faut conclure à l'existence d'un rapport de détention quand il n'y a qu'une simple tolérance. Une personne sait qu'un animal a pénétré dans sa *sphère* et ne fait rien pour l'en chasser, ou l'y tolère. Que penser, par exemple, du cas de celui qui donne régulièrement de la nourriture à un chien sans maître ? Doit-il, si cette bête attaque un tiers qui fait mine d'entrer dans la propriété de son bienfaiteur, être considéré comme responsable ? Le problème est malaisé à résoudre et il semble que, suivant les circonstances, la réponse pourra être soit affirmative, soit négative.

Si l'intention fait défaut, la détention n'existe pas quelque étroits que

¹ Schmid: op. cit., p. 95.

puissent être les rapports entre la personne et l'animal. Ainsi un homme porteur de vermine n'en est pas détenteur. Il peut, suivant les circonstances, commettre un acte illicite s'il la tolère, mais on ne peut admettre qu'il exerce un pouvoir sur elle. Par contre, le dompteur de puces est le détenteur de ces animaux, puisque précisément il a la volonté d'exercer sur eux son pouvoir. Ce qui importe ce n'est pas l'espèce de l'animal, mais l'existence ou l'absence d'un rapport le liant à l'homme par la volonté de ce dernier. En voici un autre exemple. Un paysan dont la grange est infestée de rats ne peut être rendu responsable sur la base de l'article 56 CO du dommage qu'ils causent à un tiers. Le lésé devra invoquer l'article 41 CO et prouver la faute, ou éventuellement fonder son action sur l'article 679 CCS. Si les mêmes rats sont détenus par un institut zoologique qui compte les utiliser pour des expériences, l'article 56 CO sera applicable s'ils prennent la clef des champs et causent des dégâts.

Si l'origine du rapport de détention doit être recherchée dans la volonté d'une personne, il s'ensuit que tout animal quel qu'il soit peut être détenu. La nature de l'animal, domestique ou sauvage, n'est pas prise en considération. Il peut fort bien se produire qu'un animal domestique de nature soit traité, en ce qui concerne l'application de l'article 56 CO, comme n'ayant aucun détenteur. Tel est, en particulier, le cas quand il y a eu dérélliction. Ici le seul moyen juridique demeurant au lésé est l'article 41 CO, en cas de faute dans la dérélliction. Inversement, si une personne a créé entre elle et un animal sauvage, ordinairement sans maître, un rapport de détention, l'article 56 CO s'appliquera. Ainsi la responsabilité des cirques et jardins zoologiques pour les animaux détenus par eux sera tranchée à la lumière de l'article 56 CO. C'est pourquoi l'exception prévue par l'article 56 CO, alinéa 3, en ce qui concerne le gibier, ne s'applique que pour autant que ce dernier ne fasse pas l'objet d'un rapport de détention. Un élevage de gibier destiné au repeuplement ne pourra invoquer une disposition de droit cantonal pour se soustraire à la responsabilité édictée par l'article 56 CO. Une telle supposition n'a du reste qu'une valeur théorique: en effet, la responsabilité instituée par les droits cantonaux est encore plus stricte que celle découlant de l'article 56 CO.

La conclusion que ce bref examen impose est que la nature du rapport personne-animal est déterminée par la volonté de la personne, non par le genre de l'animal. Une situation semblable se présente en droit allemand lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions d'application de la responsabilité allégée introduite par le paragraphe 833 BGB. En effet, la question de savoir si un animal doit être considéré comme animal

domestique ou comme animal de luxe dépend non de l'espèce de ce dernier, mais de la personne de son détenteur ¹.

La première condition pour qu'il y ait détention est qu'une personne ait la volonté de disposer de l'animal. Mais cette intention, à elle seule, ne suffit évidemment pas, il faut qu'elle se concrétise dans un pouvoir effectif sur l'animal. Au facteur volonté doit s'ajouter un certain rapport de fait. C'est la combinaison de ces deux éléments qui constitue la détention. Pour être détenteur il faut, dit-on, disposer de l'animal. Mais que doit-on entendre par cette expression ? Elle signifie, à notre avis, pouvoir déterminer matériellement la vie de l'animal, son utilisation ou la façon dont il passera son existence ². Il n'est pas nécessaire que la volonté du sujet soit la seule, l'unique, à déterminer le sort de l'animal; il suffit qu'elle puisse s'exercer avec indépendance; l'existence d'une pluralité de détenteurs n'est pas exclue. Un rapport fortuit, par contre, ne doit pas être retenu. On ne peut prétendre, en effet, que toute personne qui entre en contact avec l'animal et lui impose *accidentellement* sa volonté s'en constitue le détenteur.

Ces précisions apportées au sujet de l'élément volonté, il y a lieu d'étudier la nature exacte du pouvoir requis comme second élément de cette construction.

§ 2. *Le pouvoir effectif comme élément de la détention.*

Il s'agit d'un problème extrêmement difficile à résoudre qui a suscité de multiples controverses, en particulier dans la doctrine allemande. Bon nombre de juristes ont tâché d'appliquer au cas spécial du détenteur d'animal l'une des combinaisons utilisées dans d'autres domaines du droit. D'autres ont créé un rapport *sui generis*.

Schmid énumère les différentes opinions émises à ce sujet ³. Ces théories tâchent pour la plupart de rattacher la détention, soit à la propriété, soit à une des formes de la possession. Les auteurs enfin qui abandonnent complètement les critères de propriété ou de possession dégagent d'autres notions basées sur les éléments les plus divers. Il serait trop long de les étudier ici. Pour notre part, nous ne croyons pas qu'il soit judicieux d'appliquer à l'article 56 CO des critères empruntés aux droits réels tels que la propriété ou la possession. Il s'agit là de domaines essentiellement différents. A notre avis, les éléments dont nous avons besoin

¹ RGE: vol. 79, p. 246 ss.

² Oftinger, p. 559.

³ Op. cit., p. 78 ss.

doivent être tirés de l'article 56 CO lui-même. Le point de départ doit être recherché dans la preuve libératoire qui y est prévue: « la personne qui détient l'animal est responsable *si elle ne prouve qu'elle l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances* ». Il en résulte logiquement que la personne responsable sera celle qui disposait sur l'animal d'un pouvoir suffisant pour prendre ou faire prendre les mesures de précaution nécessaires ¹. Ainsi, pour qu'il y ait détention, il faut, en plus de la volonté, la maîtrise effective sur l'animal, expression qui est pour nous synonyme de *pouvoir de surveillance*. Cette maîtrise découlera parfois du pouvoir illimité qui appartient au propriétaire. Elle sera dans d'autres éventualités la conséquence d'un pouvoir plus restreint et découlera seulement de la possibilité d'utiliser l'animal, c'est la situation de celui qui loue l'animal d'un tiers. A enfin la maîtrise effective sur l'animal le gardien, le serviteur de la possession.

Cette maîtrise effective peut se concevoir sous deux formes. Il y a pouvoir direct lorsque l'intéressé surveille personnellement l'animal. Son action est, par contre, indirecte lorsqu'elle s'exerce par l'intermédiaire d'un tiers dont l'activité est celle d'un simple exécutant. Il y a en présence dans cette éventualité simultanément deux types de maîtrise: celle à laquelle l'animal se trouve directement, physiquement, soumis et celle, médiate, qui résulte du pouvoir exercé par un tiers sur celui qui dispose de la maîtrise directe. Déterminer qui de ces deux personnes doit être considéré comme le détenteur est une des questions les plus délicates que nous avons à résoudre. En effet, s'il est des cas où celui qui est titulaire du pouvoir direct n'est qu'un instrument dans la main d'un tiers, il en est également d'autres où la situation est plus complexe parce que le subordonné n'a pas abdiqué complètement, conserve une certaine initiative. Si l'on prétend que la détention consiste uniquement dans la maîtrise effective, de tels problèmes sont insolubles. Il existe en pareil cas deux maîtrises effectives, alors qu'il ne peut y avoir qu'un seul détenteur. L'élimination de l'un des deux intéressés ne peut intervenir que si nous disposons d'un second facteur qui s'ajoute au premier. C'est cette combinaison qu'il nous incombe d'étudier. Au préalable, il convient de rappeler que pour nous la caractéristique de la maîtrise effective est la possibilité pour son bénéficiaire de prendre (maîtrise directe) ou de faire prendre (maîtrise indirecte) les mesures de précaution qui sont propres à dégager le détenteur de sa responsabilité.

¹ Oftinger, p. 559.

§ 3. *La combinaison de la volonté de disposer et de la maîtrise effective.*

Notre thèse est que la réunion de ces deux éléments sur la même personne fait d'elle le détenteur de l'animal. Pour prendre les mesures de surveillance requises par l'article 56 CO, il faut avoir la volonté de disposer de l'animal et la maîtrise effective sur ce dernier, pouvoir qui permettra de traduire en actes les précautions qui sont apparues nécessaires.

Plusieurs volontés de disposer peuvent co-exister sur le même animal car il y a diverses possibilités d'utiliser ce dernier, d'en tirer profit. Ainsi, lorsqu'un animal est loué, son propriétaire conserve le droit de le vendre; le locataire, lui, en dispose d'une autre façon en l'utilisant, en en jouissant, sans avoir toutefois le droit de l'aliéner.

Nous avons souligné d'autre part que plusieurs personnes peuvent posséder à des titres différents la maîtrise effective de l'animal. Le gardien a la maîtrise effective, mais son employeur, aux ordres duquel il doit se soumettre, a aussi par son intermédiaire une maîtrise effective.

Le problème à résoudre consiste donc à déterminer parmi la pluralité des personnes intéressées à l'animal, celle qui, co-détention mise à part, devra en assumer seule la responsabilité envers les tiers d'après l'article 56 CO.

En prenant pour base les deux facteurs envisagés, les quatre combinaisons suivantes sont théoriquement possibles :

- I. Une personne a la volonté de disposer; une autre la maîtrise effective.
- II. Une personne a la volonté de disposer et la maîtrise effective; une autre seulement la maîtrise effective.
- III. Une personne n'a que la volonté de disposer; une autre la volonté de disposer et la maîtrise effective.
- IV. Deux personnes sont simultanément titulaires de la volonté de disposer et de la maîtrise effective.

Examinons dans l'ordre ces quatre possibilités.

- I. *Une personne a la volonté de disposer; une autre la maîtrise effective.*

Cette situation apparaît d'emblée comme anormale. En effet, dans ce cas, ni l'un ni l'autre des intéressés ne peut ou ne veut user de l'animal ni en tirer un profit quelconque. Celui qui a la volonté ne peut la concrétiser puisque le moyen matériel, c'est-à-dire le pouvoir sur l'animal, lui fait défaut. Quant à celui qui dispose de la maîtrise effective, il n'en use

pas puisque, par hypothèse, il n'a aucune volonté de disposer. Une telle éventualité se trouvera réalisée lorsque l'animal échappe à une personne qui en disposait et tombe dans la sphère d'influence d'une autre personne, sans que cette dernière étende sur lui son pouvoir de disposition, le laisse libre ou se borne à prendre à son égard des mesures conservatoires en l'empêchant, par exemple, de repartir. Cet état ne peut qu'avoir un caractère purement temporaire. Il disparaîtra, soit par la reprise de la maîtrise effective par celui qui l'avait perdue, soit par la naissance chez celui qui détient la maîtrise effective de la volonté de disposer. Une telle situation touche de très près à l'extinction de la détention dont nous traiterons plus loin.

II. *La volonté de disposer est présente chez une personne qui a, en plus, la maîtrise effective; une autre personne a également la maîtrise effective.*

Dans ce cas, celui qui cumule la volonté de disposer et la maîtrise effective n'aura le plus souvent qu'une maîtrise indirecte, le pouvoir direct étant en mains du second intéressé. Il est toutefois concevable qu'il s'agisse de deux pouvoirs directs, d'un partage de la maîtrise effective directe entre deux personnes.

L'hypothèse qui vient d'être formulée se rencontrera dans tous les cas où une personne recourt aux services d'un tiers pour disposer de l'animal, c'est-à-dire en tirer parti d'une façon ou d'une autre. D'après notre critère, sera détenteur le premier des intéressés, l'autre ayant une position semblable à celle du serviteur de la possession. Ainsi se trouve, pensons-nous, résolu sur le terrain des principes le problème de l'employeur et de l'employé qui, à des titres divers, ont tous deux la maîtrise effective sur l'animal. L'employeur qui cumule cette maîtrise avec la volonté de disposer aura la qualité de détenteur, l'employé ne sera que gardien; il échappera par conséquent à la responsabilité de l'article 56 CO. En pratique parfois, le rapport de subordination liant un des intéressés à l'autre ne sera pas très net. La personne qui, dans notre hypothèse, ne détenait que la maîtrise effective pourra jouir d'un certain pouvoir de disposition concédé ou toléré par l'autre. Nous sortons à ce moment cependant de notre hypothèse de départ qui est transformée par l'adjonction du facteur *volonté de disposer* du côté de celui qui n'en jouissait pas. Nous tombons alors dans l'éventualité que nous étudierons sous chiffre IV.

III. *Une personne n'a que la volonté de disposer; une autre cumule la volonté de disposer et la maîtrise effective.*

Un animal peut être utilisé de différentes façons; chacun de ces profits particuliers donnant naissance à une volonté de le réaliser. Or rien n'empêche que ces volontés n'émanent de plusieurs personnes et qu'il n'y ait pas qu'un seul intéressé. L'exemple le plus courant est celui offert par le contrat de location. Le propriétaire qui loue son cheval conserve le droit de le vendre, donc d'en tirer parti sous cette forme. Le locataire, lui, a acquis le droit de monter le cheval ou de l'utiliser à des transports; il en dispose, mais d'une façon différente.

En appliquant à une pareille situation le principe du cumul de la volonté de disposer avec la maîtrise effective, nous ne reconnaitrons pas à la personne qui ne possède que la volonté de disposer la qualité de détenteur. Ainsi, pour reprendre l'exemple du bailleur et du locataire, il faudra se demander lequel des deux intéressés a la maîtrise effective, lequel est le mieux à même de remplir les obligations de surveillance formulées par l'article 56 CO. Dans la majeure partie des cas, ce sera le locataire dont la liberté d'action est telle qu'il peut décider en toute indépendance dans quel local l'animal sera enfermé, sous quelle surveillance, etc. La solution contraire devra cependant être admise lorsque la volonté de disposition du locataire sera limitée et que les précautions à prendre dépendront, dans une plus large mesure, du bailleur lui-même, que ce soit par son intervention directe ou par des instructions au locataire. Il serait erroné de prétendre que celui qui loue un cheval pour faire une heure de manège ou de promenade en devient le détenteur.

IV. *Deux personnes sont simultanément titulaires de la volonté de disposer et de la maîtrise effective.*

Dans les éventualités examinées précédemment, nous admettions l'absence complète d'un de ces facteurs chez l'un ou l'autre des intéressés. Nous avons cependant déjà relevé que des situations intermédiaires pouvaient se présenter. Ainsi, en partant du contrat de travail dans lequel la volonté de disposer fait défaut du côté de l'employé, nous pouvons accorder à ce dernier une autonomie toujours plus considérable et réduire simultanément les liens le subordonnant à son employeur. Finalement, le contrat de travail se transformera en mandat et nous aurons d'un côté, celui du mandant, une volonté de disposition épaulée par une maîtrise effective indirecte affaiblie, plus ou moins suivant les circonstances, et de l'autre, celui du mandataire, une volonté de disposition moins étendue,

mais une maîtrise effective directe et d'autant plus indépendante que la maîtrise effective indirecte du mandant sera plus réduite. Dans une telle éventualité, il faudra déterminer de cas en cas quelle combinaison doit l'emporter sur l'autre, sans s'arrêter à la qualification juridique du contrat liant les intéressés. Lorsque le mandataire jouit d'une large autonomie, il n'est pas contraire à l'équité de le considérer comme étant devenu détenteur. Si, par contre, il doit se tenir à des instructions précises et n'a que peu d'indépendance, le mandant restera détenteur.

Nous examinerons de façon plus approfondie ce problème lorsque nous étudierons l'importance du facteur *durée* sur la détention. En effet, la question du double cumul se pose principalement dans le cadre de transferts de la maîtrise effective pour une courte durée. Il serait toutefois erroné, comme nous espérons pouvoir le démontrer, d'admettre dans certains cas de double cumul le partage de la détention entre deux personnes, chacune devant répondre du dommage qui semble être en rapport le plus étroit avec un manque de surveillance de sa part.

§ 4. *Les causes d'extinction de la détention.*

La détention s'éteint d'abord, cela va de soi, par la mort de l'animal qui en était l'objet.

Elle disparaît, en second lieu, lorsqu'elle est transférée à un tiers. Il naît alors chez ce dernier une nouvelle volonté de disposer et une nouvelle maîtrise effective adaptées à ses circonstances particulières et qui pourront différer de celles existant chez le précédent détenteur.

Un autre mode d'extinction est l'abandon par le détenteur de son animal. Par analogie avec ce qui se passe en matière de propriété, la doctrine l'intitule *déréliction*¹. D'après notre théorie du cumul, il faut, pour que la déréliction soit réalisée, qu'il y ait abandon de la volonté et de la maîtrise effective. En cas de dommage causé par un animal abandonné, la responsabilité éventuelle du détenteur s'appréciera selon l'article 41 CO².

Puisque pour nous la détention nécessite l'existence de deux facteurs: volonté de disposer et maîtrise effective, nous devons nous demander ce qu'il advient lorsqu'un seul de ces éléments disparaît.

¹ Oftinger, p. 570.

² Oftinger, p. 570.

I. Perte de la maîtrise effective sans perte de la volonté de disposer.

Une interruption provisoire de la maîtrise effective peut se produire:

A) Sans qu'un tiers acquière une telle maîtrise sur l'animal.

C'est le cas de l'animal qui s'échappe. On ne peut prétendre qu'*ipso facto* la détention disparaît et par conséquent la responsabilité de l'article 56 CO. Le but de cette disposition est précisément de protéger les tiers dans de pareilles circonstances¹. Celui qui n'a perdu que la maîtrise effective demeure détenteur. Comment apprécier sa responsabilité à l'égard des tiers lorsque l'animal échappé cause un dommage ? Il y a lieu, à notre avis, de distinguer deux éventualités :

a) L'animal a repris sa liberté sans qu'un manque de diligence soit imputable au détenteur. Pour être exonéré de sa responsabilité, ce dernier devra encore établir avoir pris toutes les mesures que l'on peut normalement exiger de lui pour retrouver l'animal.

b) La situation est plus délicate si la fuite de l'animal est due à un fait engageant la responsabilité du détenteur. On pourrait prétendre que ce dernier serait alors, en principe, responsable quelle que soit la diligence déployée postérieurement par lui pour reprendre la maîtrise de l'animal. Dans ce cas, cette responsabilité s'étendrait sans autre limite que la prescription décennale, ou la mort de l'animal, à tous les dommages causés par lui, ce qui paraît sévère et mérite un examen plus approfondi. On ne peut en tout cas pas soutenir que si une chienne portante redevient sauvage son détenteur sera responsable du dommage causé par sa progéniture autrement qu'en vertu de l'article 41 CO ; en effet, il ne sera pas devenu détenteur des petits nés postérieurement à la perte de maîtrise sur leur mère.

Il ne faut pas perdre de vue qu'un rapport de causalité adéquate doit exister entre la violation des devoirs découlant de l'article 56 CO et le dommage. Admettons que dans un district peuplé de chevreuils un particulier garde dans un parc une de ces bêtes. Si l'animal s'échappe et entre quelques jours plus tard en collision avec une automobile, il ne nous semble pas que son détenteur puisse être tenu pour responsable du dommage. Le défaut de surveillance qui lui est imputable n'a pas créé pour les tiers un risque particulier, un danger plus grand que celui auquel ils s'exposent tous les jours, puisque par hypothèse la région est peuplée de chevreuils.

Il s'agit en réalité de déterminer quand la détention prend fin. Elle

¹ Oftinger, p. 570.

s'éteint lorsque, après avoir procédé aux recherches que l'on peut exiger de lui, le détenteur ne doit plus, selon le cours ordinaire des choses, avoir de sérieuses chances de récupérer la maîtrise qu'il a perdue. Cette formule est évidemment élastique mais nous ne croyons pas pouvoir énoncer un principe plus précis; la solution dépendra, dans une mesure très large, des circonstances de chaque cas, de l'espèce de l'animal, etc. Plus l'animal sera dangereux, plus les recherches devront être poussées avant que le détenteur puisse prétendre avoir fait preuve de la diligence requise.

B) Qu'advient-il si un tiers acquiert une maîtrise effective sur l'animal échappé ?

Nous nous retrouvons dans la situation étudiée sous le paragraphe 3 chiffre I du présent chapitre.

Il suffit de rappeler que cette situation est anormale et ne peut avoir qu'un caractère provisoire. Elle prendra fin soit par la reprise de la maîtrise effective de la part de celui qui l'avait perdue, soit par la naissance de la volonté de disposer chez celui qui a acquis la maîtrise effective.

C) Examinons maintenant comment doit être tranchée la question de la responsabilité lorsqu'il y a vol de l'animal. C'est également un cas de perte de la maîtrise effective sans perte de la volonté de disposer. Le voleur de son côté acquiert la maîtrise effective et, cela va de soi, la volonté de disposer. Cette situation a été discutée par nous sous le paragraphe 3 chiffre III du présent chapitre. Il nous paraît hors de doute que la qualité de détenteur devra être reconnue au voleur. Cela ne signifie cependant pas que l'ancien détenteur soit automatiquement déchargé de toute responsabilité pour les dommages causés par l'animal postérieurement au vol. Oftinger considère que sa responsabilité peut être engagée s'il a mal surveillé l'animal et a ainsi permis l'intervention du voleur¹. Il invoque à ce propos l'article 37, alinéa 5, de la Loi sur la circulation². Son point de vue n'apparaît toutefois pas clairement. En effet, deux solutions sont possibles: ou bien l'ancien détenteur demeure responsable à côté du nouveau selon les règles de l'article 56 CO, ou bien la responsabilité de l'article 56 CO disparaît, d'autres dispositions légales, en particulier l'article 41 CO, demeurant applicables. Oftinger ne nous paraît pas avoir choisi entre ces deux solutions.

Pour nous seule la seconde est logique. Le lésé ne pourra, dès lors, réclamer à l'ancien détenteur réparation du dommage causé par l'animal

¹ p. 570.

² p. 570, note 113.

postérieurement au vol que si une faute est imputable à ce dernier. Cette règle est du reste la même que celle énoncée par l'article 37, alinéa 5, de la Loi sur la circulation.

II. *Perte de la volonté de disposer alors que subsiste la maîtrise effective.*

Deux situations doivent être distinguées :

A) La volonté de disposer qui disparaît chez le détenteur est remplacée par l'apparition d'une volonté de disposer chez un tiers qui, simultanément, acquiert la maîtrise effective indirecte.

Cette hypothèse a été envisagée sous le paragraphe 3 chiffre II du présent chapitre. Le tiers dans ce cas devient détenteur et l'ancien détenteur n'est plus soumis à l'article 56 CO.

B) La volonté de disposer s'éteint sans avoir pour contrepartie la création d'une telle volonté chez un tiers. Cette éventualité rappelle celle de la déréliction, avec cette différence que la déréliction n'existe que lorsque les deux éléments, volonté et maîtrise effective, disparaissent. Il s'agit là à nouveau d'une situation provisoire qui ne peut se maintenir longtemps. Elle se transformera soit en déréliction, soit redeviendra une détention normale par la renaissance de la volonté de disposition. Dans l'intervalle il y a lieu de considérer que, puisqu'il n'y a pas abandon dans toutes les formes, la détention existe en dépit de la disparition de l'élément intention.

Section II

LES CRITÈRES A REJETER

Si l'on veut comparer la notion de la détention dégagée ci-dessus avec celles proposées par la doctrine, il faut se demander à quels facteurs les auteurs font appel pour élaborer leur notion de la détention. Schmid¹ a étudié toutes les définitions données par les auteurs allemands et constaté qu'il s'agit en résumé de combinaisons où apparaissent les quatre éléments suivants :

¹ Op. cit., p. 80; voir également Heuberger: op. cit., p. 20.

- 1) intérêt propre du détenteur,
- 2) entretien de l'animal,
- 3) certaine durée du rapport,
- 4) le rapport homme-animal doit revêtir une forme juridique reconnue par le code.

Certains commentateurs exigent la présence simultanée de ces quatre facteurs tandis que d'autres se contentent d'un nombre inférieur. A part cela l'un ou l'autre des auteurs accordera éventuellement à l'un des éléments utilisés par lui une valeur prépondérante sur l'autre ou les autres.

Nous allons indiquer brièvement les raisons pour lesquelles les critères énumérés ci-dessus ne nous semblent pas devoir être retenus.

§ 1. *Intérêt propre du détenteur.*

La doctrine et le Tribunal fédéral accordent une très grande importance à ce facteur. Baser la détention sur l'intérêt paraît particulièrement indiqué à ceux qui justifient les responsabilités causales en faisant appel à l'idée de profit et de risque. L'application de cette théorie a conduit à de nombreux abus. Elle a, au début, simplement le caractère d'une explication : une personne tirant profit d'une chose, il est normal qu'elle supporte les dommages causés aux tiers par cette chose. Il s'agit en l'espèce d'un argument économique à l'appui d'une thèse juridique. Très vite, toutefois, on assiste à une fusion entre la notion juridique et le fait économique qui servait à la justifier. Le profit économique, dans son acception la plus large : l'intérêt propre, devient ainsi condition de l'existence de la responsabilité causale elle-même. Alors, et c'est la dernière étape, après avoir déformé la réalité juridique par cette adjonction de facteurs économiques, on ne la reconnaît plus et on en conteste l'existence. Ce pas, Heuberger le franchit sans hésiter ; il affirme en effet que ¹ :

« La tentative de définir le détenteur au moyen de critères juridiques demeurera nécessairement sans succès, une notion économique ne peut, en effet, être définie de façon parfaite et par des concepts juridiques. »

Il est facile pourtant de démontrer que le critère du profit conduit dans certaines situations à des conclusions erronées. C'est ce que relève très justement Oftinger ². En voici deux exemples.

¹ Op. cit., p. 19.

² p. 570.

Que penser d'abord du cas où une personne accepte de prendre gratuitement chez elle un animal pendant un voyage de son propriétaire ? Cette personne serviable acquiert la détention de l'animal¹. L'intérêt, le profit, fait cependant défaut. On ne peut alléguer qu'elle tire un bénéfice moral, se crée un titre à la reconnaissance d'autrui ; en effet, cela aurait pour résultat de retirer à l'intérêt tout caractère économique et par conséquent de le refuser à la détention elle-même.

Le second cas est celui, classique, du contrat de vente que nous étudierons de façon plus approfondie dans la partie de ce chapitre consacrée à l'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Cet exemple a été retenu par Oftinger pour prouver le caractère inadéquat du critère du profit². Lors d'un procès³, un plaideur avisé, tirant argument de la thèse d'après laquelle est détenteur celui qui a les profits et les risques de l'animal, avait soutenu que puisque l'article 185 CO prévoyait que les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, il devait en être de même de la détention, le détenteur étant celui qui a les profits et les risques de l'animal. Cette déduction était séduisante et logiquement inattaquable. Comment toutefois déclarer une personne responsable de n'avoir pas pris des mesures de précaution alors qu'elle se trouvait, suivant les circonstances, dans l'impossibilité d'en ordonner ou même d'en envisager. Le Tribunal fédéral s'est alors rendu compte que la théorie du profit conduisait à des résultats absolument inacceptables et s'est refusé à en admettre les conséquences dernières. Pour se tirer d'affaire, il a fait alors appel à la notion de surveillance, sans oser toutefois, ce qui eût été préférable, répudier la théorie du profit et du risque. La solution adoptée par le Tribunal fédéral revient à considérer comme détenteur celui qui a les profits et les risques de l'animal, pour autant qu'il ait été à même de prendre les mesures de sûreté qui s'imposaient. Lorsqu'une de ces conditions se trouve remplie par une personne et la seconde par une autre, le détenteur ne sera pas celui qui tire profit de l'animal, mais celui qui exerce sur lui un pouvoir effectif. Il y a donc, dans cette éventualité, abandon de la théorie du profit et du risque. Pour être détenteur, il faut, de façon impérative, être en mesure de surveiller ou de faire surveiller l'animal. La notion de profit devient, dès lors, inutile. Elle est superflue et erronée, puisque son application est sujette à des exceptions.

Nous arrivons ainsi, en ce qui concerne le profit, à une conclusion voisine de celle d'Oftinger qui, après avoir étudié la situation en cas de

¹ Oftinger, p. 568, note 101.

² p. 562.

³ RO 64/II, p. 376 ; JT 1939, p. 205 ; SJ 1939, p. 559.

vente à distance, relève « que les exemples cités démontrent qu'on ne peut accorder aucune valeur déterminante au critère du profit, cela indépendamment du fait qu'une analyse du sens de l'article 56 CO conduira inévitablement au concept de la maîtrise effective » ¹.

§ 2. *Entretien de l'animal.*

D'après un certain nombre d'auteurs, il faut encore, pour être considéré comme le détenteur d'un animal, assurer son entretien ². Aucun de ces auteurs ne paraît se préoccuper de donner quelques éclaircissements à ce sujet, ces derniers paraissent pourtant nécessaires. Ainsi, par exemple, lorsqu'un propriétaire met son chien en pension chez un vétérinaire, qui, du propriétaire ou du vétérinaire, assure l'entretien de l'animal ? Le vétérinaire veille à ce que la bête soit nourrie, elle ne le sera toutefois que pour autant que son propriétaire paie la pension. On peut donc alléguer que ce dernier demeure détenteur de son chien pendant son séjour à la pension. Or, il est évident qu'il faut en réalité admettre le contraire ³. Cependant l'idée qui a poussé les auteurs à poser cette exigence est juste : la détention ne peut exister que si un rapport de fait s'établit entre la personne et l'animal. Le critère choisi, par contre, nous paraît critiquable; il ne permet, en effet, pas de résoudre certains cas. Ainsi, si l'on revient à l'exemple cité plus haut du vétérinaire prenant des animaux en pension, on sera bien en peine de déterminer par l'entretien qui doit avoir la qualité de détenteur de l'animal en pension. La difficulté naît du fait que le sens de l'expression « assurer l'entretien » est plutôt vague. On peut soutenir que la personne assurant l'entretien est celle qui rétribue un tiers pour qu'il nourrisse l'animal. On peut aussi prétendre que seul celui dont dépend directement l'animal doit être considéré comme en assurant l'entretien. Si l'on adopte la première solution, le propriétaire qui met son animal en pension en demeure détenteur. Si l'on est partisan de la seconde, on admettra, au contraire, que la détention passe au vétérinaire qui a pris l'animal en charge. En réalité, dans certaines éventualités, l'entretien d'un animal dépend du concours de plusieurs personnes, de telle sorte qu'il nous paraît impossible d'utiliser cette notion pour déterminer celle d'entre elles qui, à l'exclusion des autres, sera le détenteur de l'animal visé.

On peut naturellement tenter de préciser la portée des termes « assu-

¹ p. 562.

² Schmid : op. cit., p. 78 et 79.

³ Oftinger, p. 568, note 101.

rer l'entretien » par l'emploi d'un qualificatif : on cherchera alors à déterminer quel est celui qui « assure l'entretien *direct* ». L'adjonction de ce qualificatif entraînerait toutefois certains inconvénients. En partant de l'entretien direct, on tendrait à accorder au gardien la qualité de détenteur, solution inéquitable. Pour éviter cet écueil, il faudrait étudier la nature juridique des relations existant entre, par exemple, le propriétaire de l'animal et la personne susceptible d'être considérée comme en assumant l'entretien direct. Plusieurs contrats entrent en ligne de compte : contrat de travail, dépôt, mandat, par exemple. S'il s'agit d'un contrat de travail, il faudra admettre, en raison du rapport de subordination existant entre employé et employeur, que le dernier seul a la qualité de détenteur et assure l'entretien direct. Ce point semble hors de discussion. Ni les auteurs, ni la jurisprudence, n'ont jamais prétendu que l'employé pouvait être détenteur, heureusement ! On s'imagine sans peine quelles complications pratiques la solution inverse aurait entraînées. L'employé, détenteur, répondant de l'animal sur la base de l'article 56 CO et l'employeur de son employé, dans les limites de l'article 55 CO, il en résulterait un enchevêtrement de preuves libératoires à faire frémir le tribunal le plus zélé. Par contre, dans l'éventualité d'un contrat de mandat, la question est plus discutable. Il est exact que le Tribunal fédéral considère le mandataire comme un serviteur de la possession¹. Or, comme le serviteur de la possession n'est pas détenteur, il faudrait en déduire que le mandataire n'a pas cette qualité. Cette classification du mandataire est toutefois critiquée par la doctrine² comme trop absolue. Ainsi Homberger considère que l'avocat est possesseur dérivé du dossier qui lui a été confié². Cette conception nous paraît plus exacte que celle du Tribunal fédéral parce que plus nuancée. Dans certains cas, c'est-à-dire ceux où le mandat touche de près au contrat de travail, il sera juste d'admettre l'opinion du Tribunal fédéral. Dans d'autres situations, il y aura lieu de considérer que le mandataire devient bel et bien détenteur. Il suffira pour cela qu'il y ait chez le mandataire non seulement le pouvoir de surveillance, mais encore l'intention de disposer de l'animal. Par exemple, si le propriétaire confie à un spécialiste son chien, son cheval, ou tout autre animal en vue de son dressage, et que le spécialiste emmène l'animal chez lui, on ne voit pas pourquoi il n'acquerrait pas dans cette situation la qualité de détenteur.

Von Tuhr prétend, il est vrai, dans ce cas, que la détention ne passe pas au vétérinaire ou à l'écurier. Il ne motive toutefois pas son opinion,

¹ RO 58/II, p. 375 ; SJ 1933, p. 282 ; JT 1933, p. 405.

² Homberger : *Sachenrecht*, Rem. 11 ad art. 919 CCS.

ce qui rend impossible toute réfutation¹. Notre point de vue est, par contre, identique à celui d'Oftinger².

Que dire aussi du cas des propriétaires de bétail qui confient leurs bêtes à la commune pour que cette dernière les mette en alpage durant l'été sous la surveillance d'un berger qu'elle engage ? Le contrat passé entre la commune et les propriétaires ne peut être autre chose qu'un mandat ou un contrat *sui generis* apparenté. Or, il n'est pas douteux que la commune doit être considérée comme la détentrice de ce bétail.

Il nous semble, dès lors, faux de dire par avance que le mandataire est ou n'est pas détenteur de l'animal confié. Il faut dans chaque cas déterminer d'après le contrat si la liberté d'action du mandataire était étendue ou restreinte; dans la première éventualité, il sera devenu détenteur, non dans la seconde. Pour l'examen de la situation créée par des contrats particuliers tels que vente à l'essai, vente avec réserve de propriété, etc., nous nous permettons de renvoyer à Oftinger qui donne une liste complète des contrats possibles et des solutions propres à chaque cas en partant de l'existence ou de l'absence d'un pouvoir effectif³, c'est-à-dire du rapport de surveillance⁴.

Des raisons d'ordre pratique militent enfin contre l'utilisation du critère de l'entretien pour définir la détention. Si l'on retient cette notion, il faudra dans bien des cas, pour déterminer qui assure l'entretien, étudier de façon approfondie la nature des rapports unissant diverses personnes. Ce fait est éminemment défavorable au lésé, puisque les rapports en question seront le plus souvent des rapports internes dont l'étendue exacte est connue des intéressés seuls. Faute de renseignements précis le lésé actionnera plusieurs responsables éventuels, dont l'un ou l'autre sera mis finalement hors de cause, les frais restant à la charge du demandeur. Pour éviter de pareils inconvénients, il est préférable de choisir comme conditions de la responsabilité des facteurs dont le demandeur peut déterminer l'existence grâce à ses propres moyens d'investigation et ne pas faire appel à des éléments que seul un procès permet de mettre à jour. Il nous semble ainsi que le critère *entretien*, simple à première vue, peut poser des problèmes épineux, et qu'il y a là une raison de plus de l'écarter. Telle est également l'opinion de Schmid⁵.

Il y a lieu encore de relever, comme le fait Oftinger, que si l'entretien n'est que la contrepartie du *profit* tiré de l'animal, les critiques émises

¹ Op. cit., vol. I, p. 359.

² p. 568.

³ *Gewaltausübung*, op. cit., p. 566.

⁴ p. 565 ss; voir aussi SJ 1942, p. 193 ss.

⁵ Op. cit., p. 86.

à propos de ce critère sont également valables à l'égard de l'*entretien* et que, si l'on veut lui donner un autre sens, il sera compris dans le concept de maîtrise effective¹.

Il convient enfin de noter à l'actif du *pouvoir de surveillance* qu'il tire son origine du texte légal lui-même, c'est-à-dire de l'alinéa 1 *in fine* de l'article 56 CO, tandis que l'*entretien* ne bénéficie d'aucun fondement de ce genre.

§ 3. Une certaine durée du rapport.

Plusieurs auteurs allemands défendent le point de vue que celui qui a emprunté ou loué un animal passagèrement n'en devient pas détenteur². D'après eux, le rapport homme-animal doit durer un certain temps pour qu'il y ait détention. Mais leur opinion ne semble pas avoir une valeur absolue. Ainsi, dans un arrêt portant sur la question de savoir qui, de l'emprunteur ou du prêteur, est le détenteur d'un cheval mis gratuitement à disposition pour effectuer une course avec un char, le Tribunal d'Empire arrive à la conclusion que la qualité de détenteur doit être reconnue à l'emprunteur³. Il relève à ce propos que rien ne laisse supposer que l'intention du législateur était de ne considérer comme détenteur que celui qui remplissait les conditions posées à cet égard depuis un temps assez long ou pour une certaine durée dans l'avenir⁴. Auparavant toutefois, dans un autre arrêt⁵, le même Tribunal d'Empire avait déclaré que l'intendant d'un domaine qui effectuait sans autorisation de son employeur une course à titre privé ne devenait pas détenteur de l'attelage utilisé dans ce but. Enfin, dans une décision postérieure à celles que nous venons de citer et que mentionne Schmid⁶, le Tribunal d'Empire déclare que « par détention d'un animal on ne peut comprendre une utilisation momentanée, mais seulement un rapport d'une certaine durée ». Il adopte donc à cette occasion un point de vue inverse de celui retenu par lui, après un examen approfondi de la question, dans l'arrêt dont nous avons fait état en premier lieu⁷. Le moins que l'on puisse dire est qu'il s'agit d'une jurisprudence quelque peu

¹ p. 564.

² Staudinger : op. cit., Rem. 5 ad § 833 BGB, et auteurs cités par lui; Enneccerus : op. cit., II § 243, IV ch. 3.

³ RGE 62, p. 79 ss.

⁴ RGE 62, p. 84.

⁵ RGE 52, p. 118.

⁶ Schmid : op. cit., p. 85.

⁷ RGE 62, p. 79 ss.

flottante. Ces hésitations démontrent en tout cas que la durée du rapport homme-animal n'est pas un critère décisif.

En ce qui nous concerne, nous irons plus loin et pensons qu'exiger, pour admettre la détention, que ce rapport ait duré un certain temps est manifestement erroné.

Relevons d'abord que la durée dudit rapport ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'homme. Cette relation peut être rompue par l'intervention de circonstances extérieures: mort, accident, saisie dans une poursuite, etc. Dans de pareils cas, la durée perd toute signification. Si, par contre, le rapport est résolu par l'homme, l'élément durée conserve une valeur. Toutefois cette valeur ne réside pas dans la durée elle-même, mais bien dans la volonté qu'elle décèle. Il ne s'agit là évidemment que d'un indice. On peut citer, en effet, de nombreux exemples dans lesquels le rôle de la durée est négligeable. Ainsi le marchand qui achète une tête de bétail à la foire en prend possession et la revend à un tiers quelques minutes plus tard, n'en a pas moins été le détenteur dans l'intervalle ¹. Le berger, par contre, auquel est confiée la garde d'un troupeau pendant les mois d'été n'en deviendra pas détenteur. Ces deux exemples suffisent à démontrer qu'on ne peut attribuer une influence décisive au facteur temps. C'est du reste ce que relève Schmid avec beaucoup de pertinence ². A notre avis, tout dépend de l'intention des personnes en cause.

Il est intéressant de signaler pour terminer qu'entre ceux qui accordent une valeur au facteur durée et ceux qui contestent son importance, Oftinger adopte une position intermédiaire ³. Il reprend à titre d'exemple le fameux *Sonntagsreiter* dont parlent régulièrement les auteurs allemands. Tandis que ces derniers arrivent à la conclusion quasi unanime que le personnage ne devient pas détenteur du cheval loué ⁴, Oftinger estime qu'il y a lieu de distinguer différents cas. Il faut rechercher, pense-t-il, de laquelle des deux personnes intéressées, bailleur ou locataire, provient la cause de l'accident. Si le cheval s'emballe parce que le cavalier n'a pas su le diriger convenablement, c'est ce dernier, dont l'inexpérience est la cause prépondérante de l'accident, qui devra être considéré comme le détenteur. Si, par contre, le bailleur a remis à son client un cheval rueur, c'est à lui de répondre du dommage, la qualité de détenteur lui sera donc reconnue. Oftinger va même plus loin et déclare que si le dommage provient à la fois d'un fait imputable au bailleur et d'un fait imputable au locataire, il y aura lieu d'admettre

¹ RGE 62, p. 82 ss.

² Op. cit., p. 83.

³ Oftinger, p. 371.

⁴ Schmid : op. cit., p. 89.

qu'ils sont tous deux détenteurs de l'animal¹. Cette manière de voir a été admise par la Cour d'appel du Canton de Berne à propos d'un chien qui avait été confié au comité d'organisation d'une exposition canine. Estimant que tant le propriétaire que le comité d'exposition avaient commis une négligence, elle les déclara tous deux détenteurs de l'animal².

Ce point de vue nous paraît en contradiction avec le caractère de responsabilité causale qu'Oftinger lui-même attribue à l'article 56 CO. En effet, il conduit à désigner comme détenteur la personne qui a commis une faute dans la garde ou l'emploi de l'animal. Si la théorie en question était exacte, il faudrait l'appliquer non seulement dans le cas particulier où l'animal a été confié momentanément à un tiers pour l'utiliser ou le surveiller, mais dans tous les cas où le détenteur n'assume pas lui-même la garde de l'animal. Chaque fois que la cause du dommage devrait être recherchée dans l'imprudence ou la négligence de l'employé et non dans celle du propriétaire de l'animal, il faudrait déclarer l'employé détenteur. La simple énonciation de cette conséquence logique de l'application de la théorie d'Oftinger suffit à la condamner. En réalité, la question de la faute du bailleur ou du locataire ne jouera de rôle que dans leurs rapports internes, pour fixer les recours qu'ils ont l'un contre l'autre, ou pour éventuellement, si le lésé est lui-même soumis à une responsabilité causale, faire application entre lui et le détenteur de la théorie de la compensation des risques. Oftinger reconnaît du reste³ que la solution proposée par lui peut conduire à un examen assez délicat des circonstances dans lesquelles a été causé le dommage et que de prime abord le lésé risque de ne pas savoir au juste qui devra être assigné en qualité de détenteur. Oftinger lui recommande, dès lors, par mesure de prudence, d'assigner les deux détenteurs possibles⁴. Nous ne trouvons pas pour notre compte qu'il s'agisse là de la solution idéale; cela constitue plutôt, pensons-nous, une preuve supplémentaire de la mauvaise qualité du critère proposé.

Il nous semble que toutes ces complications sont dues au fait que l'on accorde une importance exagérée au facteur durée dans la détermination du détenteur. Il serait préférable de mettre l'accent sur l'intention des parties. Si celui qui a en mains l'animal, même pour une courte durée, jouit d'un droit de disposition totale sur ce dernier, il en est incontestablement détenteur. Ainsi, pour reprendre un exemple déjà cité, le maquignon qui achète à la foire une tête de bétail pour la

¹ p. 571.

² *Revue de la Société des juristes bernois*, n° 83, p. 459; *Revue suisse de Jurisprudence* 43, p. 124, n° 56.

³ p. 572.

⁴ p. 572.

revendre un quart d'heure après n'en devient pas moins détenteur dans l'intervalle. A l'opposé, celui qui monte un cheval dans un manège pour faire une heure d'équitation sans sortir de ce manège n'a qu'un droit de disposition trop restreint pour qu'on puisse lui attribuer la qualité de détenteur, même si pendant cette heure il ne demeure pas sous la surveillance effective du bailleur. Il est certain qu'en étendant progressivement le droit de disposition du locataire et en restreignant par là même le pouvoir de contrôle du bailleur, nous arriverons à des cas limites dans lesquels il sera difficile de trancher la question de l'acquisition de la détention par le locataire. Nous ne voulons pas prétendre que de tels problèmes sont nécessairement évitables, mais il est préférable pour les résoudre équitablement de les aborder du bon côté. Nous n'alléguons pas que le facteur durée est sans importance : il s'agit d'un élément à considérer parmi d'autres. Toutefois c'est faire fausse route que de lui attribuer une influence décisive. La durée n'est qu'une des manifestations extérieures de la volonté des parties, et cette manifestation peut être modifiée par des circonstances qu'il y aura peut-être lieu d'éliminer lorsqu'il s'agira de déterminer qui doit être considéré comme le détenteur d'un animal au moment précis où ce dernier cause un dommage. Si nous quittons le domaine de la théorie pour passer sur le terrain pratique, il faut encore relever l'importance de la preuve. Si le lésé établit à la charge de sa partie adverse une série de faits qui entraînent dans la règle l'attribution de la qualité de détenteur, ce sera au défendeur d'établir qu'en raison de circonstances particulières le détenteur n'est pas lui mais un tiers. Ainsi donc celui qui soutient qu'il a transféré la détention d'un animal, peu avant que ce dernier ne cause un dommage, risque parfois d'échouer dans la preuve de ce transfert. Pour ces motifs d'ordre pratique, les tribunaux, en cas de transfert de courte durée ou de transfert opéré peu avant l'accident, auront plutôt tendance à désavantager l'ancien détenteur qui payera alors, sous réserve de son droit de recours, ce qui est en réalité dû par le nouveau.

§ 4. *Le rapport homme-animal doit revêtir une forme juridique reconnue par le code.*

Les auteurs allemands ont accordé une très grande importance au fait que, d'après eux, il était nécessaire que la relation homme-animal revête la forme d'un rapport juridique reconnu par le BGB ¹.

¹ Schmid : op. cit., p. 80.

Nous avons déjà signalé en passant cette préoccupation et il serait sans grand intérêt que nous examinions en détail les thèses qui s'affrontent à ce sujet, Schmid les ayant déjà rappelées et résumées dans son ouvrage¹. Ces controverses nous attirent d'autant moins que nous ne voyons pas, en droit suisse, pour quel motif il serait nécessaire que la détention se rapproche d'un concept valable en matière de droits réels. Nous travaillons dans le domaine de la responsabilité civile; rien n'interdit de créer, si cela est nécessaire, des notions spéciales utilisables uniquement dans cette branche du droit. Tout scrupule serait hors de mise à l'égard du détenteur d'animal depuis qu'on a créé les responsabilités du détenteur d'aéronef² et du détenteur de véhicule automobile³. Ces détentions ne peuvent pas non plus être rattachées à une notion valable en matière de droits réels.

Nous terminerons ce chapitre consacré au détenteur par l'étude d'arrêts du Tribunal fédéral qui examinent cette question de la détermination de la personne responsable.

Section III

LA NOTION DU DÉTENTEUR DÉGAGÉE PAR LE TRIBUNAL FÉDÉRAL

Il nous paraît utile de rappeler préalablement les définitions du détenteur données par la doctrine, puisque c'est sur elle que s'appuie la jurisprudence.

§ 1. *Les définitions données par la doctrine.*

On constate d'emblée que la majorité des auteurs se fondent avant tout sur l'intérêt économique. Ainsi Oser qualifie de détenteur :

¹ Op. cit., p. 80 ss.

² Arrêté du Conseil fédéral du 27 janvier 1920 concernant la réglementation de la circulation aérienne en Suisse, art. 26; cet arrêté a été abrogé par la Loi fédérale sur la navigation aérienne du 21 décembre 1948 dont l'article 64 désigne comme responsable du dommage causé par un aéronef l'« exploitant » de ce dernier.

³ Art. 37 LFC.

« ... celui qui, d'une façon durable, tire profit de l'animal, ou qui en tirerait profit s'il y en avait, à savoir celui qui, dans son propre intérêt, entretient l'animal d'une façon durable »¹.

Becker donnera successivement deux définitions. Dans l'édition 1913 de son commentaire, il considère comme détenteur :

« ... celui qui, dans son propre intérêt et non point en vue d'un but tout à fait passager, s'est chargé de prendre soin de l'animal »².

Dans l'édition 1941, il déclare que d'après le texte de l'article 56 CO, est détenteur celui qui a la « garde » de l'animal³. Il précise ensuite immédiatement qu'on ne peut considérer comme étant détenteur au sens de la loi n'importe quelle personne qui exerce une garde de fait sur l'animal; ainsi le valet de ferme, le cocher ou l'épouse qui conduit l'attelage de son mari, n'auront pas la qualité de détenteur. L'existence d'une maîtrise uniquement de fait ne suffit pas, pas plus du reste qu'un simple droit tel que la propriété. Dans la règle, sera détenteur pour Becker celui qui, dans son propre intérêt, exerce une maîtrise de fait sur l'animal, étant entendu que cet intérêt ne sera pas nécessairement économique. Becker demeure donc partisan de la détermination du détenteur au moyen du critère de l'intérêt.

Von Tuhr enfin voit le détenteur dans « le possesseur de la maison, de l'économie domestique ou de l'entreprise à laquelle l'animal appartient »⁴.

Oftinger, lui, ne donne pas une définition au sens strict du détenteur. Il déclare d'abord que « le rapport de détention est un rapport de puissance qui repose sur le pouvoir de disposer de l'animal »⁵. Pour lui, les relations entre le responsable présumé et l'animal doivent être telles que ledit responsable soit la personne qui peut prendre les mesures requises pour échapper à la responsabilité de l'article 56 CO. Il rejette le critère de l'intérêt qu'il considère comme inopérant dans toute une série d'éventualités et ne lui accorde qu'une valeur d'indice⁶.

Oftinger examine ensuite la situation créée au point de vue de la détention par toute une série de contrats. Il souligne que ce qu'il convient de déterminer c'est à laquelle des parties la maîtrise effective de l'animal est attribuée par le contrat envisagé⁷.

¹ Op. cit., vol. I, Rem. 9 ad art. 56 CO.

² Op. cit., vol. VI, Rem. III ad art. 56 CO (éd. 1913).

³ Op. cit., Rem. III ad art. 56 CO (éd. 1941).

⁴ Op. cit., p. 358.

⁵ p. 559.

⁶ p. 562.

⁷ p. 568.

§ 2. *La jurisprudence.*

Ce bref rappel de l'opinion des commentateurs les plus en vue nous permettra de mieux interpréter les arrêts. Il faut toutefois préciser, préalablement, que la question de savoir qui est le détenteur d'un animal n'est délicate à résoudre que dans un petit nombre de cas par rapport à l'ensemble des litiges portant sur l'application de l'article 56 CO. La plupart des procès rouleront sur le principe de la responsabilité, c'est-à-dire sur le problème de la preuve libératoire, sans qu'il y ait contestation quant à la personne du détenteur. Les considérations émises à cette occasion sont le plus souvent liées aux circonstances de fait du cas particulier et les décisions ne présentent pas un intérêt dépassant de beaucoup le cadre du litige qu'elles ont pour but de trancher. Les jugements peu nombreux rendus en matière de détention ont une répercussion beaucoup plus considérable, car ils résolvent une question juridique et les principes qu'ils énoncent ont une valeur générale. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que notre étude de la jurisprudence se borne à l'examen de deux arrêts du Tribunal fédéral.

*I. Arrêt Bloch-van Damme contre Delorme*¹.

Les faits étaient les suivants : Un marchand de bestiaux, Bloch, avait chargé le journalier Nicolas, qu'il occupait parfois, de conduire, entre autres travaux, une vache à la gare du chemin de fer Lausanne-Echalens-Bercher et de l'expédier à un nommé Limat qui l'avait achetée. Nicolas mena la vache jusqu'à la gare où, le wagon n'étant pas encore disponible, il l'attacha à une boucle rivée dans la paroi du hangar des bestiaux puis partit, laissant l'animal sans surveillance. Peu après, la vache rompit la corde et s'enfuit. Au cours de la poursuite qui s'ensuivit, elle attaqua un groupe de passants dont l'un fut grièvement blessé. Ce dernier, Delorme, assigna Bloch. La Cour civile vaudoise admit sa demande. Bloch recourut en réforme alléguant que Nicolas, non lui-même, était détenteur de la vache au moment de l'accident.

Le Tribunal fédéral prit pour point de départ les définitions de Becker, d'Oser et de von Tuhr que nous avons rappelées plus haut. Or deux de ces définitions, celles de Becker et d'Oser, mettent très nettement en avant la notion de l'intérêt. Il devait logiquement s'ensuivre une recherche du détenteur sur la base de l'intérêt que les diverses personnes impliquées dans l'affaire avaient, ou n'avaient pas, à l'existence ou à la réalisation de la vache.

¹ RO 58/II, p. 374; SJ 1933, p. 277; JT 1933, p. 405.

En réalité, le Tribunal fédéral procéda d'une façon quelque peu différente. Il admit d'emblée, en s'appuyant sur l'avis des auteurs précités, que Bloch était le détenteur de la vache ¹. Il réfuta ensuite l'objection de ce dernier fondée sur le fait que Nicolas devant être considéré comme le transporteur rémunéré, il aurait acquis la qualité de détenteur. Lors de cette démonstration, il n'invoque pas l'intérêt de Bloch à l'existence de l'animal et l'absence d'un tel intérêt de la part de Nicolas. Il considère comme déterminant le rapport de subordination existant entre les intéressés, Nicolas n'étant rien de plus pour lui qu'un simple employé, c'est-à-dire un possesseur pour autrui auquel la détention ne peut appartenir ².

Cette façon de raisonner a de quoi surprendre. En effet, la notion de l'intérêt empruntée par le Tribunal fédéral aux auteurs aurait, en l'espèce, permis d'arriver au même résultat que la voie utilisée par lui. Il aurait suffi de constater que Nicolas, engagé par Bloch pour exécuter différents travaux, ne tirait aucun profit quelconque de la vache qui lui fut confiée, pour éviter tout appel à la notion de subordination. La volonté des parties, car le rapport de subordination est avant tout une question de volonté, paraît avoir eu pour le Tribunal fédéral une importance beaucoup plus grande que le profit escompté par chacune d'elles. Ne considérer Nicolas que comme un *Besitzdiener* équivaut à admettre qu'il n'avait aucune volonté de disposer de l'animal; or c'est cette volonté de disposer qui constitue pour nous un des éléments de la détention.

Nous arrivons, dès lors, à la conclusion que, contrairement à ce que le début de ses considérants laissait supposer, l'arrêt étudié peut être invoqué non par ceux qui font de l'intérêt la base de la détention, mais bien par leurs adversaires.

A titre d'exemple des solutions erronées auxquelles peut conduire l'application du critère de l'intérêt, nous signalerons au passage un arrêt du Tribunal cantonal du Canton d'Argovie du 4 mars 1938 ³ qui déclare détentrice d'une vache se trouvant à Wettingen une communauté héréditaire dont une partie des membres est domiciliée à Zurich, alléguant que ce fait, le domicile en un autre lieu, n'est pas suffisant pour détruire la présomption de détention créée par l'existence d'une propriété commune sur l'animal. Il aurait fallu que les héritiers de Zurich établissent qu'en dépit de leur droit de propriété l'exploitation du domaine n'intervenait pas à leur compte, mais à celui des héritiers demeurant à

¹ RO 58/II, p. 374; SJ 1933, p. 277; JT 1933, p. 405.

² RO 58/II, p. 375; SJ 1933, p. 277; JT 1933, p. 405.

³ *Revue suisse de jurisprudence*, vol. 37, p. 66; *Oftinger*, p. 571, note 117.

Wettingen. Il est certain que si le tribunal compétent avait déterminé le détenteur d'après le pouvoir de surveillance, il n'aurait pu qu'arriver à la conclusion, évidemment exacte semble-t-il, que seuls les héritiers de Wettingen, exploitant le domaine, devaient être reconnus comme détenteurs. Si le domaine n'était pas exploité par eux, mais par des employés de la communauté, des *possesseurs pour autrui*, la communauté entière demeurerait alors détentrice. L'erreur du tribunal est d'avoir cru pouvoir considérer l'existence d'une propriété commune comme constituant une présomption de détention commune. Nous avons là la preuve flagrante que l'emploi sur le terrain de l'article 56 CO de concepts qui, bien que juridiques, lui sont étrangers, conduit à des résultats inéquitables.

II. Arrêt Kretz contre Schiess¹.

Cet arrêt est très intéressant car il a obligé le Tribunal fédéral à préciser les principes énoncés par lui à propos de l'affaire Bloch contre Delorme² que nous venons d'étudier. Ce litige est né des circonstances suivantes :

Le boucher Schmid avait acheté aux défendeurs, les frères Kretz, un verrat. Il donna l'ordre à son employé Schiess, le demandeur, d'aller prendre livraison de la bête chez les vendeurs. Schiess amena avec lui une cage. Sur place un employé des défendeurs et lui-même se mirent en devoir de faire passer l'animal de la caisse qu'il occupait dans la cage destinée au transport. Au cours de l'opération, le verrat réussit à introduire la tête entre la cage et la caisse qui étaient mal amarrées l'une à l'autre et mordit le demandeur au genou. Une invalidité permanente résulta de cette blessure et Schiess assigna les frères Kretz en réparation du préjudice subi. Ces derniers s'opposèrent à la demande, contestant en particulier avoir été les détenteurs du verrat au moment de l'accident. Ils faisaient valoir à ce propos que d'après les auteurs Oser, Becker et la jurisprudence, arrêt Bloch contre Delorme, le détenteur d'animal est celui qui en a les profits. Dans le cas en question, le détenteur serait l'acheteur Schmid qui aurait acquis les profits et les risques conformément à l'article 185 CO au moment de la conclusion de la vente. Cette argumentation mettait en évidence les défauts³ des définitions du détenteur fondées sur l'intérêt qu'avait élaborées la doctrine et que le Tribunal fédéral avait consacrées. Ce dernier reconsidéra alors la question et, au

¹ RO 64/II, p. 373; JT 1939, p. 202; SJ 1939, p. 559.

² RO 58/II, p. 374; JT 1933, p. 405; SJ 1933, p. 277.

³ Oftinger, p. 562.

lieu de prendre pour point de départ les définitions citées par lui à propos de l'affaire Bloch contre Delorme¹, remonta au fondement de la responsabilité de l'article 56 CO, déclarant que :

« La responsabilité du détenteur d'animaux est une responsabilité fondée sur les obligations légales de soins. Elle suppose donc l'existence d'une certaine autorité sur l'animal, car seul peut être tenu d'observer ces obligations de garde et de surveillance celui qui a la possibilité de prendre les mesures nécessaires à cet effet... le vendeur qui conserve son autorité sur l'animal doit en être considéré comme le détenteur jusqu'à la livraison. »²

Enfin le Tribunal fédéral allégua que la définition selon laquelle le détenteur est celui qui a les profits de l'animal ne visait que les cas où le pouvoir sur l'animal est partagé de manière qu'une première personne (maître, par exemple) dispose juridiquement de l'animal, tandis que la seconde (valet, par exemple) exerce sur lui un pouvoir de fait. Dans ces cas, le maître étant intéressé au premier chef à l'existence de l'animal, en raison du profit qu'il en tire, on lui reconnaît la qualité de détenteur. Cette explication, donnée après coup, ne nous paraît guère convaincante.

Le Tribunal fédéral dans l'arrêt Bloch contre Delorme³ ne fait nullement la distinction ci-dessus, alors que pourtant il s'agissait de choisir le détenteur entre un employeur et un employé. Dans toute la discussion des arguments de Bloch, le mot d'*intérêt* ou de *profit* ne figure même pas. Il nous semble certain que si le critère de l'intérêt avait joué dans l'arrêt Bloch contre Delorme un rôle essentiel, cette importance aurait été mise en relief d'une façon ou d'une autre.

L'argumentation développée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Kretz contre Schiess, en ce qui concerne l'intérêt, a trouvé un écho auprès de Becker. Ce dernier auteur considère, en effet, comme détenteur celui qui exerce la surveillance sur l'animal dans son « propre intérêt »⁴ et refuse expressément cette qualité au valet, au cocher, et d'une façon générale à tous ceux qui exercent la surveillance en qualité d'auxiliaires d'un tiers. Le critère de l'intérêt remplit en tout cas chez Becker le rôle que le Tribunal fédéral entend lui faire jouer, à savoir celui de permettre de distinguer entre plusieurs personnes qui surveillent l'animal à des titres divers, celle que l'on considère comme en étant le détenteur. Mais la concordance entre l'opinion de Becker et le point de vue exprimé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Kretz contre Schiess ne dépasse pas l'hypothèse où, des deux détenteurs possibles, l'un est le maître et le second

¹ RO 58/II, p. 374; SJ 1933, p. 277; JT 1933, p. 405.

² JT 1939, p. 205.

³ RO 58/II, p. 375; SJ. 1933, p. 277; JT 1933, p. 405.

⁴ Op. cit., note 6 ad art. 56 CO.

son auxiliaire. Dans tous les autres cas, le Tribunal fédéral déclare détenteur celui qui a la possibilité de prendre les mesures de surveillance requises par la loi ¹, alors que Becker estime d'une façon générale que la qualité de détenteur doit être reconnue à celui « dont la position dans l'organisation de l'économie justifie qu'il endosse la responsabilité de l'animal » ², ce qui constitue évidemment une application généralisée de la notion de l'intérêt. Pour le Tribunal fédéral, l'intérêt n'est qu'un moyen secondaire utilisé dans le cas particulier des relations de maître à auxiliaire, tandis que pour Becker c'est le critère général qu'il convient d'appliquer en la matière. Il réclame cependant en plus la maîtrise effective, car sans cela le seul intérêt le conduirait à déclarer l'acheteur détenteur dans une situation semblable à celle de l'arrêt Kretz contre Schiess ³.

III. *Conclusions.*

L'on était fondé à croire qu'après l'examen approfondi de la question auquel il s'était livré dans l'arrêt que nous venons d'étudier, l'opinion du Tribunal fédéral sur la question de la détention avait été exprimée de façon définitive ou presque. Il est étonnant de constater que dans une décision postérieure, arrêt Gerber contre Morisod, il déclare détenteur « celui qui s'est chargé de prendre soin de l'animal et en tire profit d'une manière durable » ⁴ et qu'à l'appui de cette affirmation il se réfère à l'arrêt Bloch contre Delorme et ne mentionne pas l'arrêt Kretz contre Schiess pourtant plus récent. Le considérant cité mérite d'autant plus d'être relevé que le Tribunal fédéral ne se trouvait pas en présence de cette situation particulière, qui d'après lui justifie le recours à la notion d'intérêt, à savoir que des deux détenteurs possibles l'un dispose juridiquement de l'animal et est en premier lieu intéressé à son existence, tandis que le second exerce sur lui un pouvoir de fait ⁵. Il s'agissait simplement d'une vache prêtée par un propriétaire à ses parents pour leur assurer, par l'utilisation qu'ils en faisaient, une partie de leur subsistance. L'intérêt et le pouvoir de fait se trouvaient donc réunis sur une seule et même personne, alors que ce qui, aux termes de l'arrêt Kretz contre Schiess, permet de recourir au critère de l'intérêt pour désigner le détenteur est justement la circonstance que le profit et le pouvoir de fait appartiennent à deux personnes différentes. En conclusion donc, rien ne justifiait,

¹ RO 64/II, p. 376; JT 1939, p. 205; SJ 1939, p. 559.

² Op. cit., Rem. 6 ad art. 56 CO.

³ Op. cit., Rem. 6 ad art. 56 CO.

⁴ RO 67/II, p. 119; SJ 1942, p. 193.

⁵ RO 64/II, p. 376; JT 1939, p. 206.

d'après les propres principes du Tribunal fédéral, la prise en considération de l'intérêt, du profit, dans le cas Gerber contre Morisod. L'emploi du critère général du pouvoir de surveillance suffisait pour déterminer qui était détenteur de la vache, puisque le propriétaire qui avait confié cet animal à son beau-père n'exerçait plus aucun pouvoir direct sur ledit animal et que, dans ces conditions, seul le beau-père pouvait être considéré comme en ayant la détention. Cette solution s'imposait du reste également si l'on résolvait la question en partant du profit tiré de l'animal par les intéressés.

Nous relevons, à titre de dernière remarque sur le critère de l'intérêt, qu'il n'est pas nécessaire d'y recourir même dans les circonstances où son emploi paraît justifié au Tribunal fédéral, c'est-à-dire, pour simplifier, dans l'hypothèse où des deux détenteurs possibles l'un est employeur de l'autre. Dans ce cas, en effet, l'employé n'a pas la volonté de disposer de l'animal et au surplus le pouvoir réel de surveillance incombe au maître qui est en mesure de prévenir la survenance d'un accident en donnant les instructions appropriées.

On pourrait objecter que notre théorie est applicable dans les petites et les moyennes entreprises, celles qui sont à l'échelle humaine et dans lesquelles le maître peut exercer une surveillance effective sur ses subordonnés ainsi que sur les animaux qu'il leur a confiés, mais que, dans les grandes, l'intérêt seul permettrait de désigner le détenteur: le profit serait le seul moyen autorisant l'attribution de la qualité de détenteur à une personne juridique. Cette critique nous paraît dépourvue de pertinence et faire abstraction de la possibilité d'une représentation.

Il convient de relever d'abord à cet égard qu'une personne juridique, aussi bien qu'une personne physique, peut avoir la qualité de détenteur. Oftinger, bien qu'il rejette le critère de l'intérêt, n'émet pas le moindre doute à ce sujet ¹. Or ces personnes juridiques ne pourront manifester la volonté de disposer et exercer la maîtrise de fait que par l'intermédiaire de leurs organes qui ne deviendront pas, par cette activité, personnellement détenteurs des animaux visés. Leurs actes ou leurs omissions déterminants pour l'application de l'article 56 CO seront ceux de la personne juridique. En ce qui concerne les employés d'une société qui ne sont pas des organes, il faudra déterminer s'ils manifestent une volonté de disposer ou exercent une surveillance pour le compte d'autrui. Dans cette hypothèse, il y a lieu de les considérer comme des représentants autorisés de la personne morale. Leur mandat ressortira du fait que l'animal leur aura été confié. Il n'y a, du reste, pour les lésés, aucune différence entre le cas

¹ p. 572.

où l'animal dépend directement d'un organe ou, au contraire, est confié à un simple employé. Nous verrons, en effet, dans le chapitre consacré à la preuve libératoire, que le détenteur ne peut se soustraire à sa responsabilité selon l'article 56 CO en établissant avoir confié l'animal à un gardien qualifié et convenablement instruit, c'est-à-dire transformer en quelque sorte sa responsabilité selon l'article 56 CO en celle de l'article 55 CO. Le détenteur d'un animal répond de la manière dont les mesures commandées par les circonstances ont été prises par son employé, même si aucun reproche ne peut lui être fait sur le terrain de l'article 55 CO ¹.

Mais la valeur de l'arrêt Kretz contre Schiess ne réside pas seulement dans le fait d'avoir démontré la supériorité du critère de la surveillance sur celui de l'intérêt; il a encore posé une question délicate, celle du transfert de ce pouvoir de surveillance et, partant, de la détention puisque cette dernière en découle. Le Tribunal fédéral se prononce à cet égard comme suit :

« Si les vendeurs ont été les détenteurs de l'animal jusqu'à son transfert, il s'agit de savoir à quel moment ce transfert a été achevé... A cet égard, vu le genre d'animal, la remise ne pouvait avoir lieu simplement de la main à la main... Il fallait faire entrer l'animal dans la cage que l'acheteur ou son représentant avait amenée. L'acheteur devenait détenteur de l'animal au moment où celui-ci avait été chargé dans la cage. Ce chargement établissait la relation d'autorité entre le demandeur et l'animal, question primordiale en l'espèce. »

Ce considérant est extrêmement important car il fait partir la détention par l'acheteur du moment où l'animal est remis matériellement, soit à lui-même, soit à son représentant, remise qui établit la relation « d'autorité », comme dit le Tribunal fédéral ² entre l'acheteur et l'animal. Dès ce transfert dans la cage amenée par l'employé de l'acheteur, c'est ce dernier qui devra, pour suivre le raisonnement de l'arrêt Kretz contre Schiess, être considéré comme détenteur, bien que l'animal n'ait pas encore quitté les locaux du vendeur. Admettons qu'après ce transfert opéré sans difficulté, par hypothèse, vendeur et employé de l'acheteur soient allés régler les comptes au café et qu'au retour l'animal, sans qu'il y ait faute de personne, s'échappe et blesse le vendeur. Ce dernier, n'étant plus détenteur, aura le droit d'actionner l'acheteur, nouveau détenteur, en réparation du dommage subi. Une telle solution, suivant les circonstances, paraîtra inéquitable. La personne la mieux placée pour prendre les précautions propres à empêcher la survenance d'un dommage peut demeurer le vendeur, cela même après l'introduction du verrat dans la

¹ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

² RO 64/II, p. 376; JT 1939, p. 205.

cage servant à son transport. Le vendeur pourra verrouiller les portes, attacher la cage, interdire aux tiers de s'approcher pendant le temps compris entre l'opération de transfert et le départ de l'animal.

Nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral commet une erreur en liant le transfert de la détention au transfert de la possession selon l'article 922 alinéa 1 CCS, c'est-à-dire à la remise matérielle de l'animal. Ce raisonnement conduit le Tribunal fédéral à déclarer que la détention aurait pu passer à l'acheteur si l'animal avait été mis dans une cage mobile que le demandeur, même avec l'aide d'un employé des défendeurs, aurait pu charger sur son char. Nous ne partageons pas ce point de vue parce que, même à ce moment et jusqu'au départ effectif de l'animal, le vendeur pouvait le plus facilement prendre les précautions propres à éviter un accident. Nous estimons que le vendeur peut demeurer détenteur en dépit du fait que la possession a déjà été transférée à l'acheteur.

La solution la plus équitable nous paraît être de considérer comme détenteur celui qui peut normalement prendre, lui-même ou par préposé et de façon indépendante, les mesures de surveillance au moment où l'animal a causé le dommage. Il est sans intérêt de savoir si cette personne a ou n'a pas, par ailleurs, la qualité de possesseur selon les règles applicables en matière de droits réels.

En résumé, l'arrêt Kretz contre Schiess nous paraît exact quant à son point de départ, le rapport d'autorité ou de surveillance, et exact quant à la solution donnée au litige; les considérants subordonnant, ou tout au moins apparentant, ce rapport de surveillance à la possession sont, par contre, erronés.

Nous espérons ainsi, et ce sera notre conclusion, avoir démontré que la détention au sens de l'article 56 CO est un rapport juridique d'une nature spéciale qui se trouve réalisé lorsqu'un sujet de droit dispose, de par sa volonté, d'un pouvoir de surveillance indépendant sur un animal. L'existence de ce rapport juridique propre à la responsabilité civile n'est subordonnée ni à la durée, ni à l'existence d'une forme particulière de droit réel.

Chapitre III

LA PREUVE LIBÉRATOIRE

Section I

LA PREUVE LIBÉRATOIRE LORSQU'IL N'EXISTE PAS DE RAPPORT CONTRACTUEL ENTRE LE LÉSÉ ET LE DÉTENTEUR

Introduction

Le détenteur pourra faire valoir plusieurs moyens pour échapper à son obligation de réparer.

Certaines circonstances ont, en principe, un effet libératoire partiel ou total de la responsabilité civile. Ainsi, la faute du lésé, la force majeure. Nous nous efforcerons de déterminer l'influence de la faute concomitante dans le chapitre consacré aux recours. Quant à la force majeure, nous avons jugé plus exact systématiquement de l'étudier dans le chapitre où se trouve exposé le problème de la causalité en général. Il nous incombe, par contre, de déterminer maintenant la portée des preuves libératoires particulières instituées par les droits allemand et suisse en faveur du détenteur d'animal. Le droit français ne contient aucune disposition de ce genre et n'entre pas en ligne de compte à ce sujet.

En ce qui concerne le droit allemand, il convient de rappeler qu'aucune preuve libératoire n'était prévue par le paragraphe 833 BGB original. Elle y fut introduite postérieurement par la Nouvelle de 1908 dont la teneur était la suivante :

« L'obligation de réparer n'existe pas si le dommage est le fait d'un animal domestique destiné à être employé par le détenteur pour son entretien, l'exercice de sa profession ou son activité économique et s'il a surveillé l'animal avec toute l'attention commandée par l'usage ou que sa diligence n'eût pas empêché la survenance du dommage. »

En Suisse, l'article 65 du CO de 1881 disposait que :

« En cas de dommage causé par un animal, la personne qui le détient est responsable, à moins qu'elle ne justifie l'avoir gardé et surveillé avec le soin voulu... »

Lors de la revision précédant l'adoption du code de 1912, la formule « l'avoir gardé et surveillé avec le soin voulu » fut transformée en « l'a gardé et surveillé avec toute l'attention commandée par les circonstances ». L'énonciation de la preuve libératoire fut enfin complétée en ce sens que le détenteur peut également se prévaloir du fait « que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ».

Ces deux modifications furent apportées dans le dessein d'unifier l'énoncé de la preuve libératoire prévue dans des dispositions voisines. Le rapport du Conseil fédéral du 1^{er} juin 1909 déclarait à ce propos :

« Dans les articles 1068, 1069 et 1071, les conditions sous lesquelles les chefs de famille, maîtres ou patrons et détenteurs d'animaux sont déchargés de leur responsabilité, ont été fixées au moyen d'une formule uniforme: elles ont été en outre étendues en ce sens que la personne à qui incombe la responsabilité peut y échapper en prouvant que le dommage se fût produit même si elle avait déployé toute la diligence exigée par la loi. » ¹

Il s'agissait là d'une nette amélioration par rapport au projet de 1905 dont les articles 1068, 1069 et 1071 exprimaient le même principe en matière de preuve libératoire mais par des formules différentes, ce qui était évidemment propre à engendrer des discussions stériles. A part cela, il restait à trancher la question des relations entre l'article 1068 CO et l'article 333 CCS. Des contradictions et des doubles emplois entre ces dispositions légales étaient inévitables ² et le moyen le plus logique de les éliminer était la suppression de l'article 1068 ³. Il ne resta plus, dès lors, que deux dispositions légales où la preuve libératoire était énoncée de façon identique, les articles 1069 (55 CO) et 1071 (56 CO). L'article 333 CCS, issu d'autres délibérations, formule la preuve libératoire en des termes légèrement différents et ne précise en particulier pas que la personne à qui incombe la responsabilité peut y échapper en prouvant que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire.

A la lecture du texte du paragraphe 833 BGB et de celui des articles 65 puis 56 CO, on acquiert l'impression que la preuve libératoire prévue par ces dispositions a le même contenu. En réalité, si les formules sont très semblables, les interprétations qu'en ont données la jurisprudence et

¹ Feuille fédérale 1909, III, p. 756.

² Bulletin sténographique CN 1910, p. 332.

³ Bulletin sténographique CN 1910, p. 332.

la doctrine allemandes d'une part, les tribunaux et les auteurs suisses d'autre part, diffèrent totalement. Cette divergence fondamentale provient de la nature même de cette preuve en droit allemand et en droit suisse. Il est nécessaire que nous nous arrêtions à cette question.

Il convient toutefois de préciser préalablement que le champ d'application de la preuve libératoire est plus étendu en droit suisse qu'en droit allemand. Le paragraphe 833 BGB n'autorise le détenteur à établir qu'il a exercé une surveillance suffisante sur l'animal que s'il s'agit d'un animal domestique destiné à être employé par lui pour son entretien, l'exercice d'une profession ou son activité économique. La preuve libératoire ne peut donc être invoquée qu'en ce qui concerne les animaux domestiques servant à des buts déterminés ¹. Une distinction fondamentale doit être faite entre les animaux de *luxe* et ceux détenus à des fins utilitaires. Les promoteurs d'une telle classification, qui s'est concrétisée dans la Nouvelle de 1908, ont visé par là à améliorer la position des paysans dont l'activité nécessite l'emploi d'un nombre considérable d'animaux ². La personne du détenteur, sa profession, jouent en droit allemand un rôle capital puisque c'est d'après elles que le tribunal décidera s'il y a lieu d'appliquer la disposition du paraphe 833 BGB dernière phrase.

Le droit suisse, lui, ne connaît aucune distinction basée sur la nature de l'animal ou la personne de son détenteur. La preuve libératoire est instituée aussi bien en faveur du détenteur d'animaux sauvages que de celui d'animaux domestiques. Evidemment, la mesure de l'*attention commandée par les circonstances* variera suivant la catégorie d'animaux considérée et même suivant les qualités ou les défauts de chaque animal. Ce n'est toutefois qu'une différence purement quantitative. Il n'y a pas, en Suisse, de responsabilité absolue en matière de dommages causés par les animaux. La preuve libératoire de l'article 56 CO demeure toujours ouverte au détenteur en plus de celle des faits libératoires à caractère général tels que la force majeure ou la faute du lésé. A ce point de vue, par conséquent, la situation du détenteur est plus favorable dans le système du CO que dans celui du BGB. Nous devons, dès lors, ne pas perdre de vue que les considérations qui vont suivre au sujet de l'essence même de la preuve libératoire en droit allemand et en droit suisse n'intéressent, pour le droit allemand, que le détenteur d'animaux domestiques, alors qu'en droit suisse elles s'appliquent à tout détenteur d'animal.

¹ Schmid: op. cit., p. 139.

² Schmid: op. cit., p. 126.

§ 1. *Nature de la preuve libératoire.*

Comme nous venons de le relever, le texte du paragraphe 833 BGB et de l'article 56 CO sont très semblables en ce qui concerne l'énoncé de la preuve libératoire. Toutefois la doctrine et la jurisprudence ont donné de ces deux textes des interprétations différentes.

Les auteurs et les tribunaux allemands sont unanimes à déclarer que le paragraphe 833 BGB dernière phrase ne fait qu'établir une présomption de faute à la charge du détenteur d'animaux domestiques ¹. Il s'agit, en d'autres termes, d'un simple renversement du fardeau de la preuve. Tandis que le lésé qui invoque un acte illicite et s'appuie sur le paragraphe 823 BGB, équivalent de l'article 41 CO, devra prouver la faute de sa partie adverse, il appartiendra au détenteur d'animal actionné en dommages-intérêts d'établir, pour être libéré, qu'il n'a commis aucune faute.

En droit suisse, la situation est tout autre. Au début, le Tribunal fédéral estimait que l'article 65 CO instituait un renversement du fardeau de la preuve et rien de plus. Par la suite, en raison des critiques de la doctrine, il modifia son point de vue.

La jurisprudence primitive du Tribunal fédéral est représentée par une série d'arrêts qui ne laissent aucun doute sur le caractère purement délictuel attribué à l'article 65 CO ². L'arrêt Consorts Knecht contre Eigenmann ³ est particulièrement intéressant car la nature de la preuve libératoire de l'article 65 CO s'y trouve précisée de la façon la plus nette. Le Tribunal fédéral déclare, en effet (p. 107) :

« D'après l'article 65 CO, la responsabilité du détenteur pour le dommage causé par les animaux repose sur le principe de la faute et apparaît donc comme une sous-espèce de la responsabilité pour acte illicite, non comme une responsabilité objective dans le genre de celle du propriétaire d'ouvrage. Toutefois elle se différencie des règles générales en matière de responsabilité pour acte illicite en ce sens qu'elle crée un renversement du fardeau de la preuve... L'existence du dommage ne suffit pas, en droit suisse, pour faire admettre le bien-fondé d'une action dirigée contre le détenteur, il doit y avoir en plus une faute de ce dernier. Ce n'est toutefois pas au lésé de prouver cette faute, mais au détenteur d'établir qu'il a gardé et surveillé l'animal avec le soin voulu. »

Le Tribunal fédéral base son interprétation sur la volonté du législateur, nettement manifestée lors de l'élaboration des différents projets de code des obligations. Le projet Munzinger (art. 103), le projet Fick

¹ Staudinger : op. cit., Rem. 3 b) ad § 833 BGB; Enneccerus, p. 826; Busch, p. 1144; Schmid, p. 136.

² RO 17, p. 638; RO 18, p. 329; RO 19, p. 986.

³ RO 26/II, p. 103 ss.

(art. 99) et le projet de 1875 instituaient une responsabilité du détenteur d'animal en cas de faute, cette dernière étant toutefois présumée. Le projet de 1876, par contre, établissait une responsabilité absolue, sans égard à la faute. Le projet du Département fédéral de justice et police de 1879 (art. 72) écarta toutefois cette réglementation trop sévère pour reprendre, quant à leur sens tout au moins, les dispositions figurant dans les projets antérieurs.

Il convient toutefois de relever que le Tribunal fédéral compensait en quelque sorte cette interprétation du texte légal quant à la nature de la responsabilité par la sévérité avec laquelle il appréciait l'existence d'une faute. Il insistait à ce propos sur le fait que l'article 65 CO exigeait, pour que l'absence de faute soit reconnue, que l'animal ait été gardé et surveillé avec tout le soin *voulu*. Le détenteur ne pouvait en conséquence se libérer en établissant avoir pris les précautions *usuelles*. Déjà dans l'arrêt Mühlemann contre Christen ¹ l'accent était mis sur ce point :

« Le simple fait d'avoir surveillé l'animal conformément à l'usage ne suffit pas à entraîner la libération. L'usage détermine évidemment en principe quelles sont les précautions indispensables commandées par l'expérience. Il n'a toutefois pas une valeur décisive à lui seul. La loi ne se contente en effet pas de l'observation des précautions usuelles, mais exige toutes les précautions voulues. »

Dans l'arrêt Consorts Knecht contre Eigenmann ², le Tribunal fédéral souligne à nouveau cette différence entre la diligence usuelle et la diligence que l'on peut exiger objectivement du détenteur d'animal. Il se réfère à sa jurisprudence antérieure et en particulier à l'arrêt Mühlemann contre Christen dont nous venons de citer un passage.

En dépit des exigences posées par le Tribunal fédéral en matière de preuve libératoire, sa jurisprudence fut très vivement critiquée. Certains auteurs, Burckhardt ³, Trüssel ⁴, Meier ⁵ ne pouvaient admettre que la responsabilité créée par l'article 65 CO conservât un caractère délictuel. Ils prétendaient, au contraire, qu'il s'agissait d'une responsabilité objective mitigée par une preuve libératoire limitée.

Pour eux, en premier lieu, l'appel fait par le Tribunal fédéral aux travaux préparatoires pour interpréter l'article 65 CO ne se justifiait pas.

¹ RO 17, p. 638.

² RO 26/II, p. 106.

³ *Die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht* n° 22, p. 558.

⁴ *Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, des Geschäftsherrn und Tierhalters* dans la *Zeitschrift des bern. Juristen-Vereins*, vol. 45, 1909.

⁵ *Zur Interpretation von Art. 65 OR* dans la *Z. des bern. J.V.*, vol. 46, 1910.

Le texte légal était clair et précis et se suffisait à lui-même ¹. Cet argument nous paraît sans valeur. En effet, on ne voit pas très bien au nom de quels principes il serait interdit aux tribunaux de consulter les avant-projets d'une loi pour déterminer la portée exacte de cette dernière, étant entendu qu'ils ne sont pas liés par les opinions émises à l'époque. Un autre argument de Trüssel et Meier était de dire qu'en attribuant à l'article 65 CO le simple effet de renverser le fardeau de la preuve, on lui donnait le caractère d'une disposition de procédure. Or le CO ne règle, en principe, que le droit matériel, non la procédure. Si par conséquent une disposition peut être interprétée comme créant soit du droit matériel, soit de la procédure, on doit trancher en faveur du premier. Il faut reconnaître que cet argument n'est pas dépourvu de valeur, surtout si l'on tient compte du fait qu'en considérant l'article 65 CO comme créant un simple renversement du fardeau de la preuve, on en restreint la portée. Cette disposition légale n'aura alors d'intérêt que dans les procès où le détenteur est incapable d'établir qu'aucune faute ne lui est imputable. S'il ressort des circonstances que le détenteur a commis une faute, le lésé n'aura pas besoin de l'article 65 CO pour obtenir sa condamnation, l'article 50 (41) CO lui permettant déjà d'arriver à ce résultat. Si, au contraire, le détenteur est à même de prouver qu'il n'a pas commis de faute, il pourra invoquer la preuve libératoire de l'article 65 CO qui n'aura été d'aucun secours à sa partie adverse. Cet argument n'est toutefois pas décisif. Il suffit, nous semble-t-il, pour l'écarter, de rappeler que le système de la responsabilité contractuelle est fondé sur le principe de la faute présumée. On ne voit pas pourquoi il serait inexact de donner à l'article 65 CO la même portée qu'à l'article 97 CO (110 CO ancien) sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

Examinons enfin une dernière objection de Trüssel ². Si l'on désirait, dit-il, que l'article 65 CO n'ait de valeur qu'en ce qui concerne le fardeau de la preuve, il aurait fallu rédiger cette disposition autrement. D'après les principes généraux en matière d'actes illicites (art. 50 (41) CO), il incombe au lésé d'établir que celui auquel il adresse une réclamation a commis une faute. En renversant le fardeau de la preuve, on exige donc de la personne actionnée en dommages-intérêts une preuve négative, à savoir qu'elle n'a pas commis de faute. Or, comme le remarque très justement Burckhardt ³, l'article 65 CO ne réclame nullement « la preuve de l'inexistence d'une faute, mais bien celle d'une diligence positive ». Il aurait été pourtant facile de dire: « le détenteur est

¹ Burckhardt: op. cit., p. 560.

² Op. cit., p. 114.

³ Op. cit., p. 559.

responsable... à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable ». C'est la formule qu'utilise, par exemple, l'article 97 CO en matière d'inexécution des obligations contractuelles. Ainsi le caractère négatif de la preuve demandée se trouve parfaitement mis en relief. Ce moyen tiré de l'ambiguïté du texte de l'article 65 CO peut toutefois être retourné contre ceux qui s'en prévalent. La responsabilité civile étant, en droit suisse, fondée sur la faute, une exception à ce principe ne doit être admise que si le code la prévoit de façon indiscutable. Or tel n'est pas le cas pour l'article 65 CO.

En toute impartialité, lorsqu'on a pesé les arguments en présence, on ne peut trancher en faveur ni de l'une ni de l'autre des thèses qui s'opposent. Les raisonnements élaborés pour faire triompher chacune d'elles ne sont pas irréfutables et n'emportent pas la conviction. Dans la majeure partie des cas, du reste, les résultats sont identiques si l'on tient compte de la sévérité avec laquelle le Tribunal fédéral examinait la question de savoir si le détenteur justifiait avoir gardé et surveillé l'animal avec le soin voulu ¹. Les solutions n'auraient obligatoirement différé que dans le cas du détenteur incapable de discernement. Burkhardt, il le dit expressément ², l'aurait condamné. Le Tribunal fédéral, s'il restait fidèle à sa théorie d'une responsabilité basée sur la faute, n'aurait pu que le libérer de la responsabilité édictée par l'article 65 (56) CO, sous réserve de le condamner en application de l'article 58 (54) CO. Serait-il allé jusque là, nous nous permettrons d'en douter. Rappelons toutefois que le Reichsgericht a franchi ce dernier pas. Il spécifie, en effet, nettement dans l'un de ses arrêts ³ que :

« Le fait que la responsabilité instituée par le paragraphe 833 BGB est une responsabilité pour faute, a pour conséquence logique que cette responsabilité ne s'applique pas aux personnes incapables de discernement. »

Il est clair que les premiers arrêts du Tribunal fédéral contenaient une contradiction en ce qui concerne la preuve libératoire. On ne peut affirmer d'une part que l'article 65 CO a pour seul effet de renverser le fardeau de la preuve et d'autre part que le détenteur ne saurait se libérer qu'en établissant que l'animal a été gardé avec tout le soin voulu, alors qu'on exige par cette formule plus que la simple preuve de l'absence de faute. Or c'est ce que fait le Tribunal fédéral. Prenons comme exemple l'arrêt Mühlemann contre Christen ⁴. Il s'agit d'un accident causé par

¹ Voir page 87 ci-dessus.

² Op. cit., p. 559.

³ Warneyer : *Rechtsprechung des Reichsgerichts 1916*, n° 278.

⁴ RO 17, p. 638.

des vaches conduites à l'abreuvoir par le fils du détenteur et plusieurs domestiques. Ce personnel était assez nombreux pour exécuter le travail et procéda comme les paysans de la région avaient coutume de le faire, raison pour laquelle l'instance cantonale rejeta la demande. Le Tribunal fédéral relève que le fait d'avoir surveillé l'animal conformément à l'usage n'est pas suffisant, que l'usage ne saurait dispenser le détenteur de prendre les précautions qu'exige objectivement la protection des tiers. Ce principe est fondamental, il se trouve rappelé dans les arrêts ultérieurs ¹ où le terme de *diligence objective* est parfois même expressément mentionné ². Le texte de l'article 65 CO permet une telle interprétation, mais il est certain cependant qu'il s'agit d'autre chose que d'une simple présomption de faute au sens de la théorie du renversement du fardeau de la preuve. Si tel était le cas, le détenteur pourrait s'exonérer en établissant simplement qu'il n'a pas commis de faute. La contradiction entre l'opinion du Tribunal fédéral sur la nature de la responsabilité et ses exigences en matière de preuve libératoire ne pouvait, à la longue, subsister. Une sévérité accrue en matière de preuve libératoire la mettait de plus en plus en évidence. Il fallait soit changer d'avis quant au caractère de la responsabilité, soit admettre plus largement la preuve libératoire. Le Tribunal fédéral opta pour la première solution ³. Dans l'arrêt Meier-Trachsel contre Consorts Egli ⁴, il rendit responsable le détenteur d'un cheval reconnu comme pas très sûr, pour ne pas avoir donné à son personnel les instructions voulues sur la façon de se comporter avec l'animal. Il lui reprochait donc un manque de diligence positive et se rallia implicitement et peu clairement à la thèse de Burkhardt ⁵. Par la suite, se référant à cette décision ainsi qu'à Burkhardt lui-même, il déclare :

« La preuve libératoire que la loi met à la charge des détenteurs ne résulte pas de l'absence d'une faute positive de leur part (*Exkulpationsbeweis*), mais au contraire du fait qu'ils auraient pris toutes les mesures exigées en pareille circonstance (*Exceptionsbeweis*), ainsi que cela résulte de la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral. » ⁶

Le Tribunal fédéral précise encore sa pensée dans un arrêt rendu une année plus tard ⁷. Il fait l'historique de la question comme suit :

¹ RO 19/II, p. 324; RO 22/II, p. 1186.

² RO 19/II, p. 324.

³ Oftinger, p. 549, Rem. 8.

⁴ RO 35/II, p. 90; SJ 1909, p. 536.

⁵ Op. cit., p. 559.

⁶ RO 39/II, p. 538; SJ 1913, p. 721.

⁷ RO 40/II, p. 262; SJ 1914, p. 674.

« La nature de cette preuve libératoire et de la responsabilité de la personne qui détient un animal est controversée.

Le Tribunal fédéral admettait primitivement qu'il s'agissait d'une responsabilité pour faute. Cette dernière était présumée et, contrairement à la règle ordinaire en matière de preuve, il appartenait au détenteur de se disculper. Actuellement le Tribunal fédéral considère la responsabilité de l'article 65 CO ancien comme une responsabilité causale atténuée par une preuve libératoire exactement délimitée. »

Ainsi, à la suite de l'évolution qui vient d'être retracée, la jurisprudence arriva à une notion de la responsabilité édictée par les articles 65 puis 56 CO et de la preuve libératoire conforme à celle dégagée par la doctrine¹. Elle y demeura fidèle². Il convient de répéter à ce propos que la solution finalement retenue n'était nullement imposée par le texte de la loi, que ce soit celui de l'article 65 CO ancien ou de l'article 56 CO. Cela est si vrai que la doctrine et la jurisprudence allemandes se sont arrêtées au point de vue inverse de celui qui a prévalu en Suisse, alors que la formule employée par le paragraphe 833 BGB³ en matière de preuve libératoire ne diffère pas essentiellement de celle de l'article 65 CO ancien puis 56 CO. A notre avis, les textes considérés autorisent les deux interprétations qui leur ont été successivement données.

§ 2. Contenu de la preuve libératoire.

Pour être exonéré de sa responsabilité, le détenteur doit, d'après l'article 65 du CO de 1881, établir qu'il a gardé et surveillé son animal *avec tout le soin voulu*. Dans l'article 56 CO, cette formule a été légèrement transformée, le *soin voulu* étant remplacé par *l'attention commandée par les circonstances*. Il s'agit d'une modification purement rédactionnelle⁴. Le Tribunal fédéral déclare du reste que ces deux textes ont une portée identique⁵ :

« Le *soin voulu* exigé par l'ancien CO doit être considéré comme équivalant à *l'attention commandée par les circonstances* réclamée par l'article 56 du CO révisé. »

Il ressort de l'énoncé de cette preuve libératoire que l'article 56 CO a pour but de rendre responsable le détenteur du dommage causé par

¹ Schmid: op. cit., p. 161; Burkhardt: op. cit., p. 559; Meier, SJB 46, p. 234; Heuberger: op. cit., p. 6; Oser-Schönenberger n° 11, Becker n° 1 ad art. 56 CO, Oftinger, p. 549.

² RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

³ Voir supra p. 83 ss.

⁴ Bull. stén. du CN 1909, vol. 19, p. 496.

⁵ *Die Praxis* 2, p. 423; SJ 1913, p. 724.

l'animal, parce que les mesures de précaution commandées par les circonstances n'ont pas été prises. Le cas du dommage causé volontairement est parfaitement concevable, mais il ne se présentera que rarement dans la pratique (exemple, un homme lance son chien contre un tiers). L'article 41 CO suffirait du reste largement à régler des éventualités de ce genre.

L'article 41 CO prévoit la réparation du dommage causé par négligence. Pour que l'article 56 CO ait une raison d'être, il doit accorder au lésé une protection plus efficace que l'article 41 CO. Au début, le Tribunal fédéral a, comme nous venons de le voir, estimé que l'article 65 CO ne faisait que renverser la charge de la preuve. Selon cette interprétation, l'article 65 CO réglait une question de procédure, non de droit matériel, et la faute, apparaissant le plus souvent sous la forme de la négligence, demeurait le principe de base de la responsabilité du détenteur d'animal. Le fait que cette faute était présumée ne changeait rien au fondement même de la responsabilité. La situation était semblable à celle créée en matière de responsabilité contractuelle par l'article 97 CO (110 CO ancien) qui prévoit que le débiteur doit réparer le dommage à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. L'existence d'une présomption de ce genre n'empêche nullement que la responsabilité contractuelle est fondée sur la faute. Toutefois, nous avons relevé au paragraphe précédent que le Tribunal fédéral, alors même qu'il déclarait que l'article 65 CO ancien créait une responsabilité pour faute, exigeait pour exonérer le détenteur non seulement la preuve de l'absence de faute caractérisée, mais encore la preuve d'une diligence positive dans la surveillance de l'animal¹. Nous avons vu également que par la suite le Tribunal fédéral avait adopté une attitude plus logique en reconnaissant à la responsabilité de l'article 65 CO ancien un caractère causal que vient mitiger une preuve libératoire nettement délimitée².

La nature de la responsabilité et la preuve libératoire forment un ensemble et le premier de ces éléments détermine le second. Ainsi, en définissant les conditions d'existence de la responsabilité, on fixe du même coup les circonstances qui constituent les faits libératoires. Pour procéder à cette étude, nous partirons de l'idée que l'article 56 CO (65 CO ancien) déroge au principe général que la responsabilité est fondée sur une faute (art. 41 CO). C'est en faisant un parallèle entre la responsabilité consacrée par l'article 41 CO et celle découlant de l'article 56 CO que nous saisirons le plus facilement les caractères particuliers de cette dernière.

¹ RO 17, p. 640.

² RO 40/II, p. 262; SJ 1914, p. 674.

Pour qu'une obligation de réparer un dommage naisse en vertu de l'article 41 CO, il faut en premier lieu qu'il existe un acte illicite. En général, ce dernier est une atteinte portée au droit d'autrui par un acte positif, mais il peut aussi consister dans une omission¹. C'est de l'omission, forme particulière de l'acte illicite, que nous développerons notre comparaison. En effet, la responsabilité de l'article 56 CO est une responsabilité fondée sur l'omission; le détenteur doit réparer le dommage causé par l'animal parce qu'il a omis de prendre les mesures de sécurité commandées par les circonstances, parce qu'il n'a pas rempli son devoir de surveillance².

I. *Quand l'omission constitue-t-elle un acte illicite au sens de l'article 41 CO ?*

L'omission ne constitue pas en principe un acte illicite, car il n'existe pas de devoir général d'agir en faveur d'autrui³. Exceptionnellement la loi crée une telle obligation sous la forme d'un devoir de surveillance à exercer sur des personnes ou des choses, par exemple aux articles 55 et 56 CO⁴. Dans cette éventualité, nous sortons toutefois du champ d'application de l'article 41 CO, l'omission reprochée étant sanctionnée par la norme qui crée le devoir de surveillance. L'obligation d'agir en faveur d'autrui peut, d'autre part, naître lorsque l'auteur d'un acte licite doit se rendre compte que son acte engendre un état de choses dont découle, pour des tiers, le risque d'un dommage⁵. Ce qui donne ici naissance à la responsabilité, déclare le Tribunal fédéral, « ce n'est pas le fait d'avoir gardé l'inaction quand l'intérêt d'un tiers aurait commandé d'agir, mais le fait d'avoir provoqué une situation dangereuse pour ce tiers »⁶.

Pour qu'une obligation de réparer le dommage naisse, il faut donc :

- A) Qu'il y ait création d'un état de choses dangereux entraînant l'obligation de prendre certaines mesures positives pour protéger autrui.
- B) Que les mesures de sécurité requises ne soient pas observées par suite d'une faute.

¹ von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 325.

² von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 325, 350; Oftinger: p. 385, 477, 549.

³ Guhl: *Das schweizerische OR*, p. 133; Oser: op. cit., Rem. 4 ad art. 41 CO; RO 63/II, p. 118; JT 1937, p. 473.

⁴ von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 325; Oser, Rem. 5 ad art. 41 CO.

⁵ von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 325; Guhl: op. cit., p. 133; Oftinger: p. 95.

⁶ RO 21, p. 625; SJ 1895, p. 708; de même RO 45/II, p. 647; 60/II, p. 38; SJ 1934, p. 366; JT 1934, p. 290.

A) *Création d'un état de choses dangereux entraînant l'obligation de prendre des précautions.*

Cette condition est remplie juridiquement lorsque, d'après l'expérience de la vie, l'état de choses créé est propre à engendrer des dommages pour autrui. Le dommage peut provenir directement de la situation dangereuse; tel sera le cas, par exemple, si une personne tombe de nuit dans une fouille non éclairée¹, si un monteur tombe d'un poteau parce que sa ceinture n'a pas été convenablement réparée². Il proviendra indirectement de la situation dangereuse quand cette dernière a seulement rendu possible un acte illicite de tiers sans que cet acte interrompe le rapport de causalité entre elle et le dommage. Ainsi le Tribunal fédéral a condamné un tiré à payer le montant de lettres de change revêtues d'une acceptation falsifiée parce qu'il avait induit le créancier en erreur en acquittant le montant de lettres antérieures entachées du même vice sans lui signaler que l'acceptation constituait un faux³. Dans ce cas, l'omission de l'avis au créancier n'a pas créé le dommage, mais a permis au débiteur d'émettre de nouvelles traites munies d'une acceptation falsifiée. De même, un garagiste a été rendu responsable pour avoir entreposé des fûts de benzine vides sur une place publique, quand bien même l'explosion cause du dommage n'intervint pas spontanément, mais parce qu'un tiers avait jeté une allumette enflammée dans un des fûts⁴.

B) *Les mesures de sécurité requises par l'état dangereux n'ont pas été prises à la suite d'une faute.*

Comme nous sommes sur le terrain de l'article 41 CO, l'omission, pour donner lieu à des dommages-intérêts, doit être fautive. Elle devient alors la négligence de l'article 41 CO qui se trouve réalisée lorsque, sans vouloir le résultat illicite, l'auteur le cause en ne prenant pas les précautions commandées par les circonstances⁵. Il convient encore de préciser que pour qu'il y ait négligence il est nécessaire, comme en matière de dommage causé par commission, que celui que l'on veut rendre responsable ait pu se rendre compte qu'il devait prendre des mesures de sécurité et qu'il ait eu la possibilité d'agir en ce sens. On ne peut retenir comme faute à la charge de l'auteur l'omission des soins objectivement nécessaires que si ses facultés intellectuelles et physiques lui eussent permis

¹ RO 45/II, p. 647; 51/II, p. 520; 57/II, p. 167; 60/II, p. 38; SJ 1934, p. 366; JT 1934, p. 290.

² RO 64/II, p. 254; SJ 1939, p. 111; JT 1939, p. 42.

³ RO 21, p. 625; SJ 1895, p. 705.

⁴ RO 66/II, p. 114; SJ 1940, p. 593; JT 1940, p. 502.

⁵ von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 341.

de discerner le danger et de faire le nécessaire pour y parer ¹. L'omission de l'article 41 CO a donc un caractère nettement subjectif, tant quant à la possibilité pour son auteur de percevoir le danger créé par son acte et les mesures de précaution requises pour en éviter les conséquences dommageables, qu'en ce qui concerne la possibilité de les prendre effectivement. Il n'y a pas de responsabilité selon l'article 41 CO lorsque l'auteur de l'omission, en raison de la faiblesse de son intelligence, était incapable de discerner que certaines mesures de sécurité étaient indispensables ou, qu'en ayant reconnu la nécessité, il lui a été impossible, sans faute de sa part, de s'y conformer. Une réparation du dommage causé dans de pareilles conditions ne pourra être réclamée qu'en vertu de l'article 54 CO. Après ce bref rappel des conditions posées à l'existence d'une omission fautive au sens de l'article 41 CO, nous pouvons dégager la notion de l'omission qui constitue le fondement de l'article 56 CO.

II. *L'omission comme fondement de l'article 56 CO.*

Il n'existe pas de devoir général d'agir en faveur d'autrui. Cette obligation peut toutefois naître lorsque l'auteur d'un acte licite crée par ce dernier un état dangereux pour des tiers. C'est l'éventualité que nous venons d'étudier. Il existe une seconde hypothèse dans laquelle le devoir d'agir en faveur des tiers prend naissance, c'est lorsque la loi institue expressément une telle obligation. Cette obligation se concrétise, par exemple, sous la forme d'un devoir de surveillance à exercer sur des personnes ou des choses ². Sont considérés comme créant en particulier un pareil devoir les articles 55 CO, 56 CO et 333 CCS ³.

Ce point de départ fixé, examinons si, sur le terrain de l'article 56 CO, les deux conditions posées pour que l'omission engendre l'obligation de réparer le dommage en vertu de l'article 41 CO sont également requises. Il s'agissait, rappelons-le :

A) de l'existence d'un état dangereux,

B) de l'existence d'une faute.

A) *L'omission au sens de l'article 56 CO ne donne-t-elle lieu à dommages-intérêts que s'il y a création d'un état dangereux impliquant l'obligation de prendre certaines précautions ?*

La réponse à cette question doit être indubitablement négative. En effet, la création d'un état dangereux n'est la source de l'obligation de

¹ von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 342.

² von Tuhr, vol. I, p. 325, 350 ss ; Oser: Rem. 5 ad art. 41 CO.

³ von Tuhr, vol. I, p. 325, note 7 ; Oser: Rem. 5 ad art. 41 CO ; Oftinger, p. 17.

réparer le dommage causé que lorsque l'article 41 CO est applicable. Ce fondement est le devoir de surveillance créé par l'article 56 CO lui-même lorsque le dommage est causé par un animal. Le devoir de surveillance découle directement de la loi ¹.

La détention d'un animal engendre, au même titre que l'état dangereux, l'obligation de prendre les précautions commandées par les circonstances. La création de l'état dangereux ne peut être une condition supplémentaire à la détention de l'animal parce qu'il s'agit de deux notions équivalentes et non complémentaires. L'une, l'état dangereux, joue son rôle sur le terrain de l'article 41 CO où elle fait naître l'obligation d'une certaine diligence, l'autre, la détention de l'animal, est la condition fondamentale d'application de l'article 56 CO. Quoique ayant la même fonction, ces deux notions n'entraînent pas des conséquences identiques. L'état dangereux engendre toujours l'obligation de prendre certaines précautions, puisque par définition il s'agit d'un état de choses dont découle pour des tiers le risque d'un dommage ². Il n'en est pas de même de la détention d'animal; elle ne crée pas automatiquement des risques pour les tiers. On ne peut tirer de l'article 56 CO la conclusion que n'importe quel animal devra être gardé.

La loi prescrit une surveillance conforme aux circonstances, or il peut résulter de la situation des faits que toute mesure de sécurité est inutile. Le devoir de surveillance est donc limité par les circonstances aussi bien quant à son principe que quant aux mesures mêmes qu'il incombe au détenteur de prendre. Ainsi le campagnard propriétaire d'un chien pacifique n'aura pas à exercer de surveillance sur ce dernier. Il devra naturellement le nourrir convenablement pour éviter que, poussé par la faim, il n'assure sa subsistance au détriment de tiers.

B) *La faute.*

Pour que la simple omission devienne une négligence au sens de l'article 41 CO, il est nécessaire qu'une faute soit imputable à son auteur.

Cette condition n'est pas exigée d'après l'actuelle jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine la plus récente ³ pour que le détenteur d'un animal soit tenu de réparer le dommage causé par ce dernier. Il suffit que le dommage ait été causé d'une manière illicite ⁴, c'est-à-dire en violation d'un devoir imposé à chacun par la loi ⁵. Le fait que le détenteur n'ait pas pu se rendre compte qu'il devait prendre des mesures

¹ von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 325.

² von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 325; Guhl : op. cit., p. 133; Oftinger, p. 95.

³ Voir supra § 2.

⁴ Oftinger, p. 12.

⁵ von Tuhr : op. cit., vol. I, p. 324.

de sécurité ou n'ait pas eu la possibilité d'agir en ce sens est sans portée juridique, sous réserve cependant de la force majeure ¹. Il y a lieu d'examiner seulement si, d'après les circonstances, des mesures de sécurité devaient être prises et si en fait elles l'ont été.

L'obligation du détenteur n'étant pas subordonnée à une faute, il devra réparer le dommage dans une série d'éventualités où on ne peut lui reprocher une négligence au sens de l'article 41 CO. Ces cas sont les suivants :

- 1° détenteur incapable de discernement ²,
- 2° animal remis par le détenteur à un gardien qualifié qui, lui, ne prend pas les précautions requises ³,
- 3° détenteur empêché par cas fortuit d'exercer sa surveillance,
- 4° l'omission reprochée au détenteur n'est pas suffisamment grave pour pouvoir être considérée comme une faute ⁴,
- 5° détenteur incapable d'établir qu'il a été prudent et diligent, alors que tel est effectivement le cas.

Dans les trois premières hypothèses, il y a une omission des mesures de surveillance, mais il n'y a pas négligence du détenteur au sens de l'article 41 CO. Dans la cinquième, la différence provient du fait que la faute doit être établie par le lésé sur le terrain de l'article 41 CO, alors qu'en ce qui concerne l'article 56 CO il appartient au détenteur de faire la preuve de sa diligence.

Cette brève comparaison nous permet de dégager plus facilement le contenu de la preuve libératoire instituée par l'article 56 CO. Pour exonérer le détenteur de sa responsabilité, le juge doit, en premier lieu, déterminer quelles mesures de sécurité les circonstances imposaient d'envisager et, en second lieu, s'il est prouvé que ces mesures ont été effectivement prises.

Pour résoudre ces deux problèmes, il ne sera pas tenu compte de la personne du détenteur, de ses qualités ou de ses défauts, mais uniquement de ceux de l'animal. En partant de la connaissance de son animal que devrait posséder le détenteur s'il est normalement diligent, on détermine objectivement, c'est-à-dire sans tenir compte de sa situation personnelle, les mesures de sécurité qu'il lui appartenait de prendre. Si ces impératifs de la prudence ont été respectés, la preuve libératoire est faite, sinon le détenteur est responsable, quelles que puissent être les raisons de sa carence, sous réserve bien entendu de la force majeure. Par le

¹ Oftinger, p. 581.

² Oftinger, p. 115.

³ Oftinger, p. 549.

⁴ Oftinger, p. 549; RO 39/II, p. 539; SJ 1913, p. 721.

terme de *circonstances* qu'utilise la loi, il faut entendre uniquement des faits extérieurs à la personne du détenteur et qui se rapportent soit à l'animal lui-même¹, soit au milieu dans lequel il se trouve². Les mesures requises se déterminent concrètement plus d'après les qualités ou les vices de l'animal particulier³ qu'abstraitement d'après l'espèce à laquelle il appartient. L'espèce fournira une donnée de base : une surveillance plus étroite sera exigée s'il s'agit d'un animal sauvage, même apprivoisé, que s'il s'agit d'un animal domestique⁴.

En nous appuyant sur ces considérations, il nous incombe d'étudier de façon plus précise ce qu'il faut entendre par *attention commandée par les circonstances*.

§ 3. *L'attention commandée par les circonstances.*

Nous allons déterminer, en premier lieu, ce que signifie de façon générale les termes *d'attention commandée par les circonstances*, puis examinerons l'une après l'autre les diverses mesures de sécurité qui doivent être envisagées.

I. *Généralités.*

a) L'article 56 CO exige en premier lieu du détenteur qu'il *garde et surveille* l'animal.

Cette formule est d'une grande élasticité, elle laisse au juge une pleine liberté d'appréciation. Il nous paraît, dès lors, inutile de chercher à définir avec précision ce qu'il faut entendre par *garde* et ce qu'est la *surveillance* pour en déduire notamment que des mesures de précaution ne constituant ni une garde, ni une surveillance ne peuvent être exigées du détenteur. Ce serait pourtant à cette conclusion que nous conduirait une interprétation stricte de ces deux termes. Si tel était le cas, le juge ne pourrait, par exemple, reprocher au détenteur de ne pas avoir éliminé un animal dangereux. Il ne s'agit ni de garde ni de surveillance, mais d'une précaution encore plus radicale. Une conclusion de ce genre serait un défi au bon sens. On peut exiger l'abatage d'un animal manifestement dangereux et cela d'autant plus facilement que son utilité ou sa valeur sont moins considérables.

¹ Oftinger, p. 586.

² Oftinger, p. 586.

³ Oftinger, p. 586; RO 50/II, p. 398; JT 1925, p. 6; Oser: Rem. 12 ad art. 56 CO.

⁴ Oser: Rem. 12 ad art. 56 CO.

Nous avouons, au surplus, ne pas saisir la différence qui devrait séparer les termes de *garde* et de *surveillance* et ne voyons pas comment l'emploi du second vient renforcer celui du premier, ce qui, en bonne doctrine, devrait être le cas. Les commentateurs les plus précis tels qu'Oser, Oftinger, Becker, emploient ces termes indifféremment et sans les définir, ce qui laisse supposer qu'ils ne leur attribuent pas un sens nettement déterminé. Il nous paraît dans ces conditions que, sans accorder trop d'importance aux mots utilisés, nous devons souligner l'intention manifeste du législateur d'exiger du détenteur d'animal l'observation de sévères précautions destinées à assurer la protection des tiers.

b) Il serait erroné de conclure, du fait qu'un animal s'est échappé, que le détenteur n'a pas pris les mesures nécessaires pour prévenir le dommage. En raisonnant de la sorte, on arriverait à rendre impossible toute preuve libératoire puisque l'existence du dommage suffirait à établir que le nécessaire n'a pas été fait ¹. « Les obligations du détenteur, dit le Tribunal fédéral, doivent être recherchées par un examen raisonné des éventualités qui pouvaient paraître possibles. » ²

c) Après avoir déterminé les éventualités dans lesquelles l'animal est susceptible de causer un dommage, le détenteur est-il tenu de prendre toutes les précautions imaginables ? Certainement pas. Les mesures de sécurité servent à équilibrer les probabilités de survenance d'un dommage. Plus ces probabilités seront minimales, moins les mesures requises seront importantes. Or même un événement très improbable peut survenir ; cette considération n'autorise cependant pas à exiger du détenteur qu'il s'organise de façon à éliminer toutes les possibilités théoriques que son animal cause un dommage. Les mesures requises ne doivent pas dépasser les limites raisonnables ³.

d) La formule d'*attention commandée par les circonstances* n'est pas synonyme de *précautions conformes à l'usage*.

Dans ses plus anciennes jurisprudences déjà, le Tribunal fédéral a déclaré de la façon la plus catégorique que le détenteur ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité en établissant simplement avoir surveillé son animal d'une façon conforme à l'usage. Cette attitude mérite d'être d'autant plus soulignée qu'à l'époque le Tribunal fédéral admettait que

¹ RO 39/II, p. 538 ; SJ 1913, p. 721.

² RO 39/II, p. 538 ; SJ 1913, p. 721.

³ Oftinger, p. 589.

l'article 65 CO ancien n'instituait qu'une responsabilité pour faute avec renversement de la charge de la preuve.

Ce refus du Tribunal fédéral d'attribuer une valeur normative à l'usage ne signifie pas que ce dernier soit dépourvu d'intérêt. L'usage a une valeur indicative, il constitue le minimum de ce qu'on peut demander au détenteur, mais pas le maximum. Si le détenteur n'a pas fait preuve de la diligence requise par l'usage, il ne pourra en aucun cas être exonéré de sa responsabilité. Le juge décidera, au surplus, si les mesures prescrites par l'usage doivent être considérées comme suffisantes en regard des exigences posées par l'article 56 CO ou s'il y a lieu de réclamer du détenteur des précautions supplémentaires. Nous pouvons citer à l'appui de cet exposé une série considérable d'arrêts. Ainsi dans l'arrêt Mühlemann contre Christen ¹, le Tribunal fédéral déclare :

« La circonstance qu'un animal a été gardé et surveillé de la manière usuelle ne suffit pas pour exonérer le détenteur de toute responsabilité. Cela ne signifie pas que l'usage soit sans importance; il indique, dans la règle, quelles mesures de sécurité l'expérience a jugées indispensables. »

Dans une décision postérieure, le Tribunal fédéral précise son point de vue et justifie son attitude de la façon suivante :

« L'expérience de tous les jours permet de constater que la plupart des hommes s'abstiennent en général des mesures de surveillance suffisantes pour éviter un accident en supposant que d'autres facteurs nécessaires pour la survenance du dommage n'interviendront pas; le peu de probabilité d'une circonstance engage ainsi une personne à courir le risque de voir cette circonstance se produire, plutôt que de s'astreindre chaque fois à prendre toutes les précautions nécessaires et à s'imposer les frais qu'elles entraînent. Cette manière de faire, une fois devenue une habitude, peut sans doute être considérée comme n'étant en soi ni blâmable, ni fautive; elle n'autorise cependant pas ceux qui la pratiquent à se soustraire aux conséquences de leur conduite en alléguant avoir agi conformément aux habitudes prises. En effet, leur manière d'être repose précisément sur l'acceptation des risques éventuels découlant de pareils actes. » ²

Cette distinction entre les précautions prescrites par l'usage et la diligence requise par l'article 56 CO a été maintenue dans la jurisprudence postérieure aux arrêts cités³. Elle est également admise par la doctrine⁴.

Dans ce vaste domaine de l'*attention commandée par les circonstances* dont nous avons tenté de dégager les caractères généraux, la

¹ RO 17, p. 640; SJ 1891, p. 754; voir également RO 22, p. 1186.

² RO 39/II, p. 539; SJ 1913, p. 724.

³ RO 40/II, p. 263; SJ 1914, p. 676; 58/II, p. 377; SJ 1933, p. 277; JT 1933, p. 405; 64/II, p. 378; JT 1939, p. 207.

⁴ Oftringer, p. 389; Oser: Rem. 12 ad art. 56 CO; Becker: Rem. 10 ad art. 56 CO.

jurisprudence a tranché une foule de litiges. Un examen détaillé de ces décisions serait fastidieux et son résultat probablement décevant. Le commentateur aurait parfois grand-peine à expliquer pourquoi dans tel cas particulier la responsabilité du détenteur a été admise, alors que dans un autre, qui lui paraît semblable, elle a été niée. Il est difficile aussi d'apprécier exactement la signification de petites différences existant quant aux faits dans des procès portant sur des situations similaires. Les avis des tribunaux qui jugent successivement la même cause sont parfois divergents et l'on constate qu'il arrive que le Tribunal fédéral libère le détenteur alors que les instances inférieures l'ont condamné et condamne là où elles l'ont libéré. Au surplus, on découvre dans quelques cas que si les résultats, condamnation ou déboutement, ont été identiques, du premier juge au dernier, les motifs à l'appui de ces décisions varient considérablement de l'un à l'autre. L'un voit dans tel fait ou circonstance une source indiscutable de responsabilité, l'autre considère au contraire que ce fait ou cette circonstance n'ont pas la valeur que leur attache le premier juge, mais il estime par contre que d'autres éléments négligés par lui permettent de conclure à une responsabilité tout aussi totale.

Ce qu'il est au contraire intéressant d'étudier, ce sont les principes de base dont se sont inspirés les tribunaux pour libérer ou condamner le détenteur. A travers les multiples cas qui leur ont été soumis, ils ont dégagé certaines règles, des lignes directrices, qui peuvent être suivies dans le plus grand nombre des litiges, leur application variant toutefois d'après l'idée personnelle que se fait le juge des devoirs du détenteur.

II. *Les diverses mesures de sécurité que le détenteur doit envisager.*

A) *L'élimination*, c'est-à-dire l'abatage de l'animal qui risque de causer un dommage.

Il s'agit là d'une mesure grave et qui porte atteinte aux droits du détenteur. En exigeant de lui l'abatage d'un animal, on lui dénie le droit de détenir un animal précis ou une espèce d'animaux considérée comme dangereuse. Puisque l'on oppose dans ce cas l'intérêt général à l'intérêt particulier du détenteur, il faudra établir une distinction entre les animaux de luxe dont le sacrifice pourra être plus facilement demandé et les animaux utiles.

Le Tribunal fédéral s'est montré très prudent en la matière. Il admet qu'il est possible théoriquement d'exiger du détenteur l'élimination d'un animal dangereux, mais n'a jamais déclaré un détenteur responsable, du simple fait qu'il avait conservé un animal. Il se bornera à tenir compte des dangers spéciaux créés par la détention de l'animal lors de l'examen

de la preuve libératoire. Sur le principe de l'abatage, il s'exprime comme suit :

« Les instances cantonales vont trop loin lorsqu'elles déclarent que le simple fait de conserver le cheval en connaissant sa particularité de ruer, constituait de la part du défendeur une faute excluant absolument l'idée d'irresponsabilité, et même une faute grave, comme la Cour d'appel paraît l'admettre. Etant donné ce que l'on voit dans la vie journalière, on ne peut raisonnablement exiger d'un propriétaire de cheval que toute bête « qui n'est pas absolument sûre » soit éliminée sans autre à cause de ses défauts. Cette précaution spéciale ne pourrait être demandée que dans des cas exceptionnels et vis-à-vis d'animaux extraordinairement vicieux. » ¹

La Cour de Justice civile de Genève fait preuve de la même tolérance. Appelée à condamner un détenteur dont le chien a mordu un colocataire après avoir déjà blessé en d'autres circonstances plusieurs personnes, elle relève simplement qu'il aurait appartenu au défendeur de prendre les mesures de précaution les plus sévères, c'est-à-dire n'autoriser quelqu'un à promener le chien que s'il était muselé. Elle n'affirme nullement que le chien en question aurait dû être abattu, son caractère dangereux étant incontestable ². Il semble pourtant que cette élimination pouvait être exigée parce qu'il ne s'agissait pas d'un animal indispensable ou de valeur. La doctrine se rallie sans autre sur ce point à la jurisprudence ³.

Dans ces conditions, la question de l'abatage pur et simple de l'animal ne se posera que dans le cas d'animaux particulièrement dangereux. Au point de vue de la statistique, elle ne jouera qu'un très faible rôle; mais sur le plan théorique, elle devait être citée en première place.

B) *Les mesures de surveillance.*

a) *Généralités. La question du préposé.*

Il s'agit du groupe le plus important de mesures que l'on peut exiger du détenteur. Dans la pratique, il entre pour ainsi dire seul en considération. Le détenteur devra envisager à ce propos une foule de circonstances, en particulier : l'espèce de l'animal, les penchants qui lui sont propres, son utilisation, les possibilités qu'il a d'entrer en contact avec des tiers, etc. ⁴. Ces divers facteurs peuvent se combiner entre eux, de telle sorte que, sur le plan théorique aussi bien qu'en pratique, les mesures de surveillance possibles varieront presque à l'infini. Nous ne pouvons les

¹ RO 35/II, p. 93; SJ 1909, p. 538.

² SJ 1929, p. 394; dans le même sens: SJ 1939, p. 566.

³ Oftinger, p. 584.

⁴ Oftinger, p. 589.

énumérer, encore moins les décrire. Le meilleur moyen pour conserver une vue d'ensemble de la situation est de répartir les animaux en quelques grandes catégories délimitées d'après l'ampleur de la diligence que leur détention entraîne et d'envisager dans leurs caractéristiques principales les mesures applicables à chaque catégorie.

Dans un premier groupe, nous rangerons les animaux que l'on peut comprendre sous le terme générique d'*animaux familiers*. En feront partie les chiens, les chats, certains oiseaux (paon, par exemple)¹. Le second groupe comprendra la plupart des autres animaux domestiques tels les chevaux, le bétail, etc., qui sont mêlés à la vie quotidienne, particulièrement à la campagne. Le dernier groupe sera formé des animaux n'appartenant pas aux catégories précédentes. Il pourra s'agir d'animaux domestiques ou non, mais dont le caractère commun sera que leur détention nécessite des installations spéciales ou d'autres précautions qu'une surveillance plus ou moins suivie.

Avant de passer à l'examen de ces trois catégories, il convient de préciser que le législateur n'a nullement entendu exiger du détenteur qu'il surveille personnellement son animal. Le recours à des auxiliaires est parfaitement licite. La question qui se pose est de savoir si, et en quoi, l'existence de ce troisième personnage, le préposé, le gardien, modifiera le rapport juridique que la survenance du dommage a créé entre le détenteur et le lésé. Ce problème peut se présenter à propos de n'importe quelle mesure de surveillance et pour n'importe quel animal. C'est pourquoi nous devons le résoudre d'emblée.

b) *Le problème du préposé.*

Ce problème est fort simple à formuler : Comment convient-il d'apprécier la situation du détenteur lorsqu'un tiers a été chargé par ce dernier d'exercer sur l'animal la surveillance requise par la loi ?

Nous nous trouvons devant l'alternative suivante : Le tiers devient ou ne devient pas lui-même détenteur. S'il devient détenteur, la solution est simple : le détenteur initial est déchargé de sa responsabilité selon l'article 56 CO et cette dernière pèsera désormais sur les épaules du nouveau détenteur. Si le tiers ne devient pas détenteur, la question de la preuve libératoire demeure ouverte pour celui qui a confié l'animal au tiers. Le problème à résoudre dans cette hypothèse est celui de savoir s'il suffira au détenteur, pour s'exonérer de sa responsabilité, d'établir qu'il a choisi un gardien qualifié pour s'occuper de son animal ou s'il devra prouver, indépendamment des qualités du gardien, que ce dernier

¹ Oftinger, p. 593.

a effectivement pris les mesures requises par les circonstances. Suffirait-il, par exemple, si le tiers est lié au détenteur par un contrat de travail, que ce dernier établisse les circonstances libératoires de l'article 55 CO pour se dégager également de sa responsabilité selon l'article 56 CO.

Ce problème s'est posé avec une certaine acuité à la doctrine et à la jurisprudence allemandes. En effet, puisque l'on admet que le paragraphe 833 BGB ne fait que présumer une faute à la charge du détenteur, on doit en déduire, presque obligatoirement, que si le détenteur a confié l'animal à un gardien qualifié, aucune faute ne peut être retenue contre lui. Les auteurs ¹ et le Reichsgericht semblent avoir été légèrement embarrassés par cette conséquence logique de leur prise de position quant à la nature de la responsabilité. C'est pourquoi ils préfèrent laisser la question ouverte, sans justifier leur réticence par des motifs bien convaincants. Le Reichsgericht déclare à ce propos :

« En réalité, si le défendeur qui a désigné un gardien rapporte entièrement la preuve libératoire indiquée par le paragraphe 831 alinéa 2 ², il établira du même coup, fréquemment, celle du paragraphe 833 phrase 2. Juridiquement, toutefois, ces deux preuves libératoires ne se confondent pas, mais suivent chacune leurs règles propres. » ³

En droit suisse, la question était beaucoup moins délicate, car elle se posait différemment. En effet, puisqu'il est actuellement admis que l'article 56 CO crée une responsabilité causale, il est loisible de prétendre que, pour fournir la preuve de la diligence exigée de lui, le détenteur ne peut se borner à établir qu'il a confié l'animal à une personne qualifiée et renseignée. Le point de vue contraire n'est cependant pas insoutenable; il consisterait à dire que chaque fois que l'animal est confié à un préposé, la preuve libératoire de l'article 55 CO serait substituée à celle de l'article 56 CO. D'excellents arguments peuvent être invoqués à l'appui de l'une et de l'autre des thèses en présence. C'est pourquoi elles ont toutes deux leurs partisans. D'une façon générale, les auteurs anciens tels que Fick ⁴, qui se fonde sur un arrêt du Tribunal fédéral ⁵, Schmid ⁶, admettent l'assimilation de la preuve libératoire de l'article 56 CO à celle de l'article 55 CO. Les commentateurs plus récents, par contre, refusent au détenteur la faculté de se libérer par la preuve du bon choix

¹ Staudinger: op. cit., Rem. 7 c) dd) ad § 833 BGB; Enneccerus: op. cit., p. 826; Busch: op. cit., p. 115.

² qui équivaut à l'art. 55 CO.

³ RGE, vol. 76, p. 230.

⁴ Op. cit., Rem. 35 ad art. 56 CO.

⁵ RO 22, p. 1181; SJ 1897, p. 81.

⁶ Op. cit., p. 174.

de l'employé. Tel est l'avis de von Tuhr ¹, d'Oser-Schönenberger ², d'Oftinger, qui précise même que si la diligence, dans le choix et la surveillance du préposé, joue un certain rôle lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité du détenteur, on ne doit en tout cas pas lui ouvrir par là une autre preuve libératoire ³. Becker mérite une mention spéciale car, de tous les auteurs, c'est nettement lui qui a réfléchi le plus à la question. Dans la première édition de son commentaire, il déclare que l'article 56 CO crée une responsabilité pour le dommage causé par l'animal et non pour celui causé par les employés et que le détenteur ne doit être libéré que si son mandataire a effectivement fait preuve de la diligence requise ⁴. Par la suite, cependant, il changea d'avis, déclarant qu'en raison de l'absence de réglementation légale précise il y avait lieu d'appliquer dans ce cas les normes de l'article 55 CO ⁵. En plus de cet argument juridique, Becker fait valoir que la solution qu'il préconise est plus conforme à l'équité ⁶. L'utilisation d'animaux pour les transports est le propre des petites entreprises et des exploitations agricoles; celles disposant de plus de moyens financiers utilisent de préférence des véhicules à moteur. Or, si l'on admet que le détenteur d'animal répond non seulement de sa propre diligence dans le choix de ses préposés, mais encore de la diligence de son personnel lui-même, il se trouvera plus mal placé juridiquement que s'il avait pu confier à son employé un véhicule à moteur plutôt qu'un animal. Ainsi l'entreprise la plus faible au point de vue économique sera assujettie à une responsabilité plus lourde que sa concurrente plus puissante. Cette observation est juste quant à son principe, mais à la condition seulement que son champ d'application soit considérablement restreint, ce qui naturellement en réduit la portée. Becker perd de vue, semble-t-il, que l'industriel qui utilise des véhicules à moteur pour son entreprise répond comme détenteur de ces véhicules du dommage causé aux tiers par leur emploi, sans pouvoir exciper du fait qu'il a convenablement choisi et instruit ses chauffeurs. La responsabilité créée par l'article 37 LFC est pour le moins aussi lourde que celle du détenteur d'animal. L'inégalité que condamne Becker n'existera que si l'on oppose aux véhicules à traction animale les véhicules à moteur non soumis à la Loi fédérale sur la circulation, c'est-à-dire les tracteurs agricoles dont la vitesse est inférieure à 20 km. à l'heure et les machines de travail qui ne peuvent dépasser une vitesse de 10 km. à l'heure

¹ Op. cit., § 49, p. 367.

² Op. cit., Rem. 14 ad art. 56 CO.

³ Op. cit., p. 588.

⁴ Op. cit., éd. 1913, Rem. 7 ad art. 56 CO.

⁵ Op. cit., éd. 1941, Rem. 13 ad art. 56 CO.

⁶ Op. cit., éd. 1941, Rem. 13 ad art. 56 CO.

(art. 5 R. app. de la LFC). Si l'on applique le principe soutenu par la majeure partie de la doctrine, l'agriculteur qui aura confié à son domestique un tracteur non soumis à la Loi fédérale sur la circulation sera beaucoup mieux placé pour s'exonérer de sa responsabilité en cas de dommage que s'il avait confié au dit employé un char attelé d'un cheval. Cette différence de traitement est contraire à l'équité. Elle s'explique, comme d'autres du reste, par le fait que le droit suisse en matière de responsabilité civile est tout sauf cohérent. La coexistence de diverses lois ne peut qu'entraîner inévitablement de pareilles contradictions. Nous ne croyons pas toutefois que le correctif apporté par Becker à la rigueur de l'article 56 CO soit admissible. En voulant éliminer une inégalité, il en fait surgir une autre qui existera, celle-là, entre les articles 56 et 55 CO.

Nous avons relevé plus haut ¹ que le législateur a rédigé de façon uniforme les preuves libératoires des articles 55 et 56 CO. Elles doivent dès lors être interprétées de la même façon et le principe énoncé par Becker à propos de l'article 56 CO doit pouvoir trouver son application sur le terrain de l'article 55 CO. Si tel était le cas, l'employeur pourrait s'exonérer de sa responsabilité en établissant qu'entre lui et l'employé fautif existe un employé intermédiaire qui a été choisi avec toute la diligence désirable et auquel incombait la surveillance du fautif. En appliquant avec soin ce système, le chef d'entreprise arriverait en fait à se décharger de la responsabilité de l'article 55 CO sur une série de subordonnés. Ce serait là la solution que Becker, s'il était logique avec lui-même, devrait défendre sur le terrain de l'article 55 CO, en raison de l'identité des preuves libératoires. Il ne paraît cependant pas avoir eu cette idée et ne soulève pas expressément la question. Implicitement, il semble même admettre le point de vue inverse, puisqu'il précise que « l'application des instructions données doit être vérifiée par l'employeur ou ses préposés » ². Or, d'après le principe énoncé à propos de l'article 56 CO, il serait indifférent pour la responsabilité de l'employeur que le préposé ait ou non surveillé l'employé, pour autant qu'il ait pu et eu les moyens de le faire. Nous pouvons, dans ces conditions, présumer que si Becker s'était posé sur le terrain de l'article 55 CO le même problème qu'à propos de l'article 56 CO, il l'aurait résolu en adoptant la solution contraire à celle qu'il préconise pour l'article 56 CO. Cela affaiblit considérablement son argumentation relative à cette dernière disposition. Pour être complet, nous relèverons que la doctrine, en ce qui concerne l'article 55 CO, est catégorique. Il n'est pas nécessaire, pour

¹ Voir p. 84 *supra*.

² *Op. cit.*, Rem. 11 ad art. 55 CO.

que l'employeur soit rendu responsable, que la surveillance des employés lui incombe personnellement: il répondra de la carence de celui auquel il avait confié cette tâche ¹.

Nous arrivons, dans ces conditions, à la conclusion que si l'opinion de Becker n'est pas en contradiction avec le texte même de l'article 56 CO, elle n'est que difficilement défendable, car ce qui importe en matière de responsabilité causale est simplement de déterminer si les précautions requises ont été effectivement observées, sans rechercher les raisons de la carence éventuellement constatée, cela sous réserve de la force majeure. Le texte légal, ainsi que nous l'avons déjà vu, peut être interprété comme créant une responsabilité causale ou une responsabilité fondée sur une présomption de faute. C'est cette obscurité qui interdit de prétendre que l'interprétation de Becker est condamnée par le texte même de l'article 56 CO. L'inégalité signalée par cet auteur, et qui est réelle, n'est toutefois pas un motif suffisant pour écarter la série d'arguments contraires que nous venons d'énumérer. La différence de traitement qui choque Becker n'est qu'un exemple, parmi d'autres, de l'incohérence et du manque d'unité logique du droit suisse en matière de responsabilité civile.

Une étude de la question du préposé serait incomplète si elle se bornait à un examen de la doctrine. Nous devons encore examiner comment la jurisprudence a résolu ce problème.

Dans son plus ancien arrêt, rendu à l'époque où il considérait que l'article 65 CO ancien ne créait qu'une présomption de faute, le Tribunal fédéral admet implicitement que le détenteur renverse cette présomption en établissant que la personne à laquelle il a confié l'animal était parfaitement qualifiée pour ce genre de travail ².

Dans une décision postérieure, il ne se réfère pas à l'arrêt cité ci-dessus et déclare n'avoir pas encore pris de position de principe sur ce point; il juge inutile de le résoudre dans le cadre du litige qui lui est soumis ³. Il n'allait toutefois pas tarder à devoir se prononcer à ce sujet dans un arrêt Tschanz contre Uetz ⁴. Ce procès posait la question de savoir si le détenteur d'un attelage pouvait être rendu responsable d'un accident dû uniquement à la négligence de son personnel qui était pourtant suffisamment nombreux et possédait également toutes les qualités requises. Pour trancher ce litige, le Tribunal fédéral prend pour point de départ

¹ Jacques Chamorel : *La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle*, Thèse Lausanne 1925, p. 61; Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 24 ad art. 55 CO; Oftinger: op. cit., p. 528.

² RO 22, p. 1186; SJ 1897, p. 86.

³ RO 40/II, p. 262; SJ 1914, p. 674.

⁴ RO 41/II, p. 242.

sa jurisprudence selon laquelle la responsabilité du détenteur n'est pas fondée sur une simple présomption de faute. Dans ces conditions, déclare-t-il, il importe peu qu'aucune faute n'incombe au détenteur personnellement, mais uniquement de savoir si en fait toutes les précautions commandées par les circonstances ont été prises. On note donc, dans ce cas, un renversement complet de la jurisprudence ébauchée par l'arrêt *Matthey contre Huguenin*¹, la plus ancienne décision citée par nous.

Par la suite, le Tribunal fédéral maintint sans autres explications, en se référant à l'arrêt *Tschanz contre Uetz*, que la preuve libératoire vise l'ensemble des mesures propres à empêcher le dommage de se produire et que le défendeur, ou la personne pour laquelle il répond, pouvait être tenu de prendre². Il voua à nouveau une attention particulière à cette question dans l'arrêt *Chardon contre Masserey et Amoos*³ et déclara de façon catégorique que :

« Le détenteur d'un animal, même s'il n'a personnellement commis aucune faute, répond de la manière dont les personnes auxquelles il a remis la garde de ses bêtes ont accompli leur tâche... la faute de ces personnes lui est imputable. »⁴

Il vaut encore la peine de relever que le Tribunal fédéral souligne que son point de vue est conforme à la doctrine quasi unanime et cite, entre autres, parmi les auteurs admettant sa thèse, Becker lui-même. Cette référence ne manque pas d'un certain piquant, car la même année paraissait la nouvelle édition du commentaire dans laquelle cet auteur, modifiant sa manière de voir antérieure, rejetait la solution à l'appui de laquelle le Tribunal fédéral invoquait son autorité, pour préconiser celle que le Tribunal fédéral avait expressément condamnée! Nous doutons toutefois que la jurisprudence ultérieure suive l'évolution de Becker et que le Tribunal fédéral revienne à son point de vue initial. Ce serait une trop grave entorse au principe rigoureux de la responsabilité causale⁵ qu'il paraît avant tout soucieux de maintenir.

La conclusion générale de cet exposé sur la situation du détenteur lorsque l'animal a été confié à un tiers sera que la doctrine dominante et la jurisprudence considèrent que le détenteur répond, comme s'ils étaient siens, des actes du gardien. Il ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en prouvant seulement les faits qui le libèrent de sa responsabilité d'employeur selon l'article 55 CO. Nous préciserons toutefois que le fait que le détenteur répond de la faute de son préposé comme

¹ RO 22, p. 1186; SJ 1897, p. 86.

² RO 58/II, p. 377; SJ 1933, p. 282; JT 1933, p. 405.

³ RO 67/II, p. 26; SJ 1941, p. 335; JT 1941, p. 361.

⁴ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

⁵ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

d'une faute personnelle ne le place pas dans la même situation que s'il avait commis une faute personnelle. La responsabilité sera causale, alors qu'en cas de faute de sa part il répondrait de son acte illicite. Cette distinction est capitale lorsqu'il s'agit de répartir le dommage entre le détenteur et des coresponsables éventuels en vertu de l'article 51 CO.

Ce problème résolu, nous donnerons un aperçu des différentes mesures de surveillance que l'on peut exiger du détenteur en suivant l'ordre des catégories définies par nous plus haut : animaux familiers, animaux domestiques mêlés à la vie quotidienne et autres animaux. Cette classification n'a, il convient de le souligner d'emblée, qu'une valeur indicative, ce qui compte avant tout, ce sont les qualités ou les défauts particuliers de l'animal. La race, l'espèce, ne constituent qu'une donnée de base qui sera modifiée dans un sens ou dans l'autre par les éléments plus précis que fournira l'étude de l'animal considéré.

c) *Les mesures de surveillance requises du détenteur d'animaux familiers.*

Nous faisons figurer dans ce groupe les chiens, les chats, les oiseaux d'ornement, tels que paons¹, etc. L'utilité de ces animaux est, d'une façon générale, à peu près inexistante. Il peut y avoir des exceptions : chiens de garde à la campagne, par exemple, mais dans l'immense majorité des cas leur détention satisfait un besoin affectif plus qu'elle ne répond à une nécessité économique. Le danger qu'ils représentent à l'égard des tiers n'est ni très apparent ni très défini. Dans la majorité des cas, la surveillance du détenteur est inexistante ou tellement relâchée qu'il suffira d'un concours de circonstances malheureuses pour qu'un dommage soit causé. Les instincts mêmes de l'animal peuvent parfois rendre toute garde quasi impossible. Comment prétendre, par exemple, que le propriétaire d'un chat est tenu de ne pas laisser vagabonder son animal ? Le rendra-t-on responsable si cette bête griffe un petit enfant qui imprudemment tente de le caresser, si en tombant d'un toit l'animal blesse un passant ou endommage une voiture stationnée dans la rue ? Nous répondrons négativement à cette question car, ainsi que nous l'avons relevé plus haut², on ne peut tirer de l'article 56 CO la conclusion que n'importe quel animal doit être gardé ; les *circonstances* de l'article 56 CO servent à déterminer non seulement l'étendue de la surveillance, mais aussi son principe.

Les animaux familiers les plus répandus sont, sans discussion possible, les chats et les chiens. Il est nécessaire d'examiner comment les tribunaux

¹ Oftinger, p. 593.

² Voir p. 96 supra.

ont appliqué l'article 56 CO aux détenteurs de ces animaux. Le chat n'a pratiquement jamais fait parler de lui. Oftinger lui-même ne cite qu'un seul arrêt où se trouve examinée la responsabilité d'un détenteur de chat ¹. La lésée fut déboutée, la Cour de Justice de Genève estimant que la simple circonstance que l'animal était allé se promener sur une terrasse ne permettait pas de conclure à l'existence d'un défaut de surveillance, la bête n'étant ni vicieuse ni méchante.

La responsabilité du détenteur de chien fait, par contre, l'objet d'une abondante jurisprudence qu'il serait fastidieux de commenter en détail. Il nous semble que si l'on veut que règne une certaine clarté dans ce domaine, il y a lieu de distinguer deux cas types. Le premier est celui du chien qui cause un dommage en agissant volontairement, si l'on nous pardonne cette expression anthropomorphique. Rentrant dans cette catégorie en particulier les lésions causées à l'homme ou à d'autres animaux par des morsures ². La seconde éventualité est réalisée lorsque l'animal cause un dommage involontairement, si l'on peut dire. Par exemple si, en traversant une route, il se jette sous une voiture ou entre en collision avec un motocycliste.

1. Dans la première hypothèse, les tribunaux ont une tendance générale à condamner le détenteur en lui reprochant un manque de surveillance ³. Constituera une circonstance aggravante pour ce dernier le fait que le chien présente un défaut de caractère, s'il a, entre autres, déjà mordu différentes personnes avant le lésé ³. Dès que cette condition est remplie, les chances du détenteur d'obtenir sa libération sont quasi nulles. Dans cette catégorie rentrent non seulement les morsures, mais aussi d'autre cas plus rares, tels celui du chien qui en poursuivant un motocycliste entraîne une collision entre ce dernier et un tram ⁴, ou qui occasionne la chute d'une personne simplement en l'effrayant par ses aboiements ⁵. Dans de pareilles situations, la question la plus délicate à résoudre sera celle de l'existence d'un rapport de causalité adéquate entre l'acte de l'animal et le dommage. Si ce rapport est établi, de tels cas se jugeront comme ceux où le dommage provient directement de l'acte de l'animal.

2. Le problème de la responsabilité du détenteur de chien est plus délicat lorsque le dommage a été causé involontairement par l'animal, c'est-à-dire, pour reprendre l'exemple le plus fréquent, si la bête en

¹ SJ 1938, p. 93.

² RO 33/II, p. 126; SJ 1929, p. 393; SJ 1931, p. 601.

³ Oftinger, p. 590; RO 18, p. 330; SJ 1929, p. 393.

⁴ *Revue de la Société des Juristes bernois* 65, p. 223.

⁵ RO 26/II, p. 562.

traversant la chaussée se jette sous une voiture ou entre en collision avec un motocycliste ¹.

Il faut relever en premier lieu qu'ici les défauts ou penchants particuliers de la bête n'entreront pas en ligne de compte. Il ne s'agit pas d'un dommage causé volontairement et par conséquent il n'est pas la manifestation de l'instinct de l'espèce ou des tendances personnelles de l'animal. Sur ce terrain, la condition de l'existence d'un rapport de causalité ne doit pas être perdue de vue. Ce n'est pas parce que tel ou tel chien a un goût immodéré pour la chasse ou le vagabondage, que l'on doit considérer, *ipso facto*, que son détenteur répondra, en raison d'un défaut de surveillance, du dommage subi par le véhicule avec lequel son animal est entré en collision.

Les décisions rendues en la matière par les tribunaux supérieurs sont assez peu nombreuses. Cela s'explique sans doute par le fait que les dommages sont rarement très élevés et que les parties hésitent, devant l'accumulation des frais, à faire usage des voies de recours qui leur sont ouvertes. Oftinger cite cependant deux décisions ², dont un arrêt du Tribunal fédéral ³, dans lesquelles la preuve libératoire a été admise.

Les collisions entre un véhicule à moteur et un animal ne posent pas uniquement une question de preuve libératoire; la situation est plus complexe. Il faut, en réalité, se demander s'il est équitable que le détenteur d'animal soit condamné à réparer le dommage causé par son animal à un véhicule à moteur simplement parce qu'il n'a pas fait preuve de la diligence objective imposée par l'article 56 CO. Une telle conclusion ne paraît pas équitable si l'on établit un parallèle entre cette situation et celle existant lorsque un détenteur de véhicule à moteur cause un dommage à un autre détenteur. Dans ce cas, la réparation des dégâts matériels ne peut être demandée qu'au détenteur fautif (art. 39 LFC). Quant à la réparation des lésions corporelles, en raison de la théorie de la compensation des risques, elle est également dépendante, quoique en une moins large mesure, des fautes respectives des intéressés. Nous examinerons au chapitre IV l'application de la théorie des risques aux dommages causés par les animaux et ne pouvons pas nous y arrêter maintenant. Il est nécessaire, par contre, de souligner ici l'étroite connexité entre le problème de la preuve libératoire et celui posé par la théorie de la compensation des risques. Cette dernière apporte un correctif au principe de la responsabilité causale et a pour résultat, sinon pour but, d'empêcher que deux personnes qui assument chacune un risque se doivent l'une à

¹ JT 1953, p. 463.

² p. 591.

³ RO 32/II, p. 675.

l'autre, en l'absence de faute, réparation totale du dommage qu'elles se sont causé. En fait, le principe de la compensation des risques a été dégagé à propos de collisions entre véhicules à moteur, y compris les trains et les trams. Il n'a pas été appliqué, par le Tribunal fédéral tout au moins, à d'autres domaines, et en particulier aux collisions entre véhicules à moteur et animaux. La doctrine, à l'exception d'Oftringer qui est partisan d'une application généralisée de la règle en question à tous les cas de responsabilité causale ¹, paraît assez perplexe. Ainsi Thilo ² déclare prudemment que « la jurisprudence relative aux véhicules à moteur ne doit pas s'appliquer directement à d'autres responsabilités concurrentes et qu'il n'en faut retenir que ce qui peut, tout bien considéré, s'appliquer aussi dans ce cas ».

Le Tribunal fédéral lui-même a évité de se prononcer sur ce point délicat dans l'arrêt Barbezat contre Barbay ³, quand bien même le Tribunal cantonal vaudois avait admis le principe de la compensation des risques. Il est exact que, puisqu'il admettait à l'encontre de la cour cantonale une faute du détenteur d'animal, le Tribunal fédéral pouvait se dispenser de prendre parti pour ou contre la généralisation d'un principe qu'il avait été le premier à énoncer. Son point de vue aurait pourtant été intéressant à connaître. Le droit suisse présente une lacune dans le domaine de la collision de différentes responsabilités lorsqu'il ne s'agit pas uniquement de responsabilités aquiliennes. Ce défaut apparaît très nettement en cas de collision entre la responsabilité du détenteur d'automobile et une des responsabilités causales créées par le CO. Pourquoi donc, par exemple, le détenteur de véhicule à moteur, dont un autre détenteur a endommagé la voiture, devra-t-il prouver la faute de ce dernier, alors qu'il sera dispensé de cette preuve si les dégâts ont été causés par un animal ? Aucune réponse satisfaisante ne peut être donnée à cette question, car la différence que nous relevons n'est que le fruit du hasard. Il existe deux moyens de sortir de cette contradiction. Le premier, que nous venons de citer, est de généraliser l'application de la théorie de la compensation des risques. Le second est de rétablir, lorsqu'il y a concours de responsabilités causales, le principe de la responsabilité aquilienne, comme le fait l'article 39 LFC pour les dommages matériels causés par un détenteur de véhicule à moteur à un autre détenteur. Ce second moyen est étroitement apparenté à la preuve libératoire, puisque cette solution est concevable soit sous la forme d'un retour pur et simple à l'article 41 CO, comme le fait l'article 39 LFC, soit sous celle d'un

¹ p. 235 ss.

² JT 1953, p. 462.

³ SJ 1951, p. 377; JT 1953, p. 462.

retour à la présomption de faute, système admis par la jurisprudence initiale du Tribunal fédéral pour l'application de l'article 65 CO ancien.

Les résultats auxquels conduirait en pratique l'application de ces deux théories : compensation des risques ou responsabilité aquilienne, seraient parfois différents. Si aucune faute n'est établie, les dommages se répartissent suivant les risques d'après la première théorie: le lésé obtient une réparation partielle de son dommage. En application de la seconde, si la faute n'est pas prouvée (première forme) ou si l'absence de faute est établie (deuxième forme), le lésé ne sera pas indemnisé du tout.

Ces remarques méritent d'être faites à propos de la preuve libératoire. En effet, plus les tribunaux seront sévères dans l'appréciation de cette preuve, plus la différence injustifiée entre la réglementation instituée par l'article 39 LFC et celle qui découle de l'article 56 CO sera patente. Si au contraire la preuve libératoire est admise libéralement, ces divergences perdront de leur importance, en pratique tout au moins. C'est la raison pour laquelle nous sommes d'avis que dans l'hypothèse étudiée présentement, celle d'un dommage causé involontairement par un animal ne nécessitant pas une surveillance stricte, il serait équitable que le juge admette assez largement la preuve libératoire. Il ne devrait pas retenir n'importe quel petit manquement du détenteur ou de son préposé comme une violation de la diligence prescrite par l'article 56 CO. Cet allègement ne serait consenti qu'en cas de collision de responsabilités causales, ce qui évidemment introduirait une distinction étrangère au texte de l'article 56 CO. Ce ne serait toutefois ni le premier ni le dernier aménagement apporté par la jurisprudence à une règle énoncée par la loi, pour faire face à une situation que le législateur ne pouvait prévoir.

d) *Les mesures de surveillance requises du détenteur d'animaux domestiques mêlés à la vie quotidienne.*

Ce groupe comprendra le bétail des exploitations agricoles, les chevaux utilisés dans ces exploitations ou dans d'autres entreprises, pour les transports, par exemple.

Parmi ces animaux les chevaux et le gros bétail: vaches, veaux, bœufs, ont fourni la matière de nombreux arrêts¹.

En restant dans le domaine des généralités, on constate que les principes que nous avons rappelés à propos du chien trouvent dans leurs grandes lignes également leur application ici. Il nous semble exact de procéder à la même distinction entre les dommages causés volontairement par l'animal, en ruant², mordant³, en donnant des coups de

¹ Oftinger, p. 592, 593, 594.

² RO 40/II, p. 262; SJ 1914, p. 674; RO 41/II, p. 242.

³ SJ 1893, p. 521.

corne et ceux qu'il cause sans intention d'attaquer ou de se défendre, en traversant une route ¹, en se bousculant avec d'autres bêtes ², etc... Comme en ce qui concerne les chiens, la preuve libératoire est difficilement admise pour les dommages causés volontairement, à moins qu'il n'existe une faute concomitante de la victime. Là encore, la circonstance que l'animal a déjà causé des dommages de la même façon, en ruant ³ en mordant ⁴, par exemple, rendra la preuve libératoire quasi impossible.

Les cas de libération du détenteur seront relativement plus nombreux lorsqu'il s'agira de dommages causés involontairement par l'animal quoique, même dans ce cas, les tribunaux demeurent très stricts dans l'appréciation de la diligence que l'on peut exiger du détenteur. Il s'agira avant tout de questions de fait, de telle sorte qu'il est impossible d'énoncer des règles tant soit peu précises à ce sujet.

D'autre part, le problème de la collision avec d'autres responsabilités causales se posera comme pour les dommages causés par les chiens. Nous estimons que nos observations à ce propos sont également valables pour le détenteur d'animaux de la présente catégorie et nous bornons à nous y référer.

e) *Les mesures de surveillance requises du détenteur lorsqu'il s'agit d'animaux qui ne peuvent être mêlés à la vie quotidienne.*

Il s'agit d'animaux qui d'emblée apparaissent comme suffisamment dangereux pour qu'il soit impossible de les laisser en liberté, même sous surveillance. Ils doivent demeurer constamment enfermés dans des étables ou des enclos aménagés à leur intention. Une surveillance très sévère devra être exercée s'il est nécessaire de les transférer d'un lieu dans un autre ou simplement lorsqu'il s'agit de leur porter leur nourriture, de pénétrer dans leur cage pour la nettoyer, etc... Cette catégorie comprendra naturellement les animaux féroces ou dangereux dont sont propriétaires les cirques et jardins zoologiques. Il faut y faire entrer aussi certains animaux domestiques qui, soit en raison de leur espèce, soit de leur caractère particulier, représentent un danger évident. Ainsi, par exemple, un verrat ⁵, un taureau devenu méchant que l'on doit conserver parce qu'il est difficile ou impossible de pourvoir à son remplacement, etc.

Etant donné la diligence particulière exigée en pareil cas du détenteur, si l'animal réussit à s'échapper, la preuve libératoire sera très difficile et le plus souvent même impossible à faire.

¹ SJ 1939, p. 570; RO 77/11, p. 43; SJ 1951, p. 377; JT 1953, p. 462.

² RO 17, p. 639; 67/II, p. 26; SJ 1941, p. 335; JT 1941, p. 361.

³ RO 35/II, p. 93; SJ 1891, p. 753.

⁴ SJ 1893, p. 521.

⁵ RO 64/II, p. 376; JT 1939, p. 205.

Pour ces animaux, une simple surveillance au sens courant du terme est manifestement insuffisante. Le détenteur devra prendre encore d'autres précautions, disposer d'installations spéciales, interdire à des tiers l'accès des endroits dangereux et veiller à ce que cette interdiction soit effectivement observée. Nous arrivons ainsi à un autre type de mesures de sécurité que la surveillance que nous venons d'étudier. Ces mesures spéciales et la surveillance au sens étroit ne sont pas exclusives l'une de l'autre, bien au contraire elles se complètent et la diligence du détenteur s'appréciera d'après l'ensemble des mesures prises par lui. Il est certain, par exemple, que des installations perfectionnées permettront au détenteur de faire l'économie de tout ou partie des mesures de surveillance et qu'au contraire les défauts ou les lacunes des installations devront être compensés par une surveillance accrue.

C) *Autres mesures de précaution que la surveillance.*

Ces précautions qui complètent ou qui parfois peuvent se substituer à la simple surveillance sont très diverses et dépendent étroitement des circonstances particulières de chaque cas. Ainsi, on peut exiger du détenteur qu'il placarde des avis attirant l'attention des tiers sur les dangers qu'ils courent ¹, qu'il entrave un animal et utilise des liens suffisamment solides ², que ses installations permettent de nourrir les animaux sans entrer en contact avec eux ³, qu'il organise le transfert de l'animal d'une cage dans une autre sans que ce dernier puisse atteindre le personnel chargé du travail ⁴. Dans chaque cas, les dangers éventuels devront être prévus par le détenteur qui devra tenter d'y parer par la mesure de protection la plus adéquate possible. Il est aussi difficile d'apprécier si les précautions prises sont suffisantes, qu'il est délicat de juger si la surveillance était conforme aux circonstances. Ainsi peut-on admettre que le propriétaire d'une villa gardée par un chien s'exonère de la responsabilité de détenteur et peut se dispenser de toute surveillance simplement en fixant sur son portail une plaque portant l'inscription « Attention, chien méchant » ? Nous ne le pensons pas. L'occupant de la villa doit pouvoir être atteint et s'il ne peut l'être qu'en entrant dans sa propriété, il est certain qu'un bon nombre de personnes ne tiendront pas compte de l'avertissement placé sur le portail d'entrée. Si le propriétaire veut pouvoir se retrancher de façon absolue derrière l'avis donné par lui, il doit fermer son portail à clef ou tout au moins placer une sonnette bien

¹ SJ 1914, p. 359.

² SJ 1892, p. 51; RO 39/II, p. 538; SJ 1913, p. 721.

³ SJ 1939, p. 565.

⁴ JT 1939, p. 208.

visible au moyen de laquelle les tiers peuvent attirer son attention sans pénétrer dans sa propriété. Ce dernier moyen ne lui donnera pas du reste une sécurité absolue, puisque de nuit tant l'avis que la sonnette peuvent être invisibles et que de jour ils n'empêcheront pas, par exemple, un enfant qui ne sait pas lire de franchir la grille.

III. Conclusion.

Cette étude de la diligence requise nous conduit à la conclusion que les tribunaux sont sévères, parfois exagérément, à l'égard du détenteur. Ils ont facilement tendance à exiger de lui qu'il prenne non seulement toutes les précautions requises, mais encore toutes les précautions imaginables. Le problème le plus actuel en la matière est celui posé par les collisions d'animaux et de véhicules à moteur. Or, force nous est de constater qu'aucun principe n'a été dégagé jusqu'à présent qui permettrait de trancher ces litiges d'une façon conforme à la fois au droit et à l'équité.

§ 4. *La preuve que l'attention commandée par les circonstances n'eût pas empêché le dommage de se produire.*

Jusqu'à présent, nous n'avons étudié que la possibilité pour le détenteur de s'exonérer de sa responsabilité en établissant qu'il a surveillé l'animal avec tout le soin nécessaire. Toutefois, comme nous l'avons relevé dans notre introduction au présent chapitre, il existe depuis la revision de 1912 une seconde preuve libératoire. Cette dernière se trouve formulée de façon identique dans les articles 55 et 56 CO. L'employeur ou le détenteur d'animal sont libérés de leur responsabilité s'ils prouvent que leur *diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire*. En d'autres termes, le législateur exige, pour que l'omission du détenteur soit génératrice de dommages-intérêts, qu'elle soit la cause, au sens juridique, du dommage; il s'agit avant tout d'un problème de causalité¹.

En raison de son caractère particulier, cette seconde preuve libératoire ne peut pas avoir une valeur indépendante de la preuve que les mesures requises par les circonstances ont été prises. Schmid est dans l'erreur lorsqu'il affirme que « cette nouvelle preuve libératoire apporte un allègement de la responsabilité du détenteur pouvant avoir une importance pratique, l'autre preuve devenant souvent difficile »². Oftinger

¹ Oftinger, p. 520.

² Op. cit., p. 175.

va, par contre, trop loin lorsqu'il déclare que cette adjonction au texte de l'article 56 CO est pour le moins superflue¹. L'erreur de ces deux auteurs provient de ce que l'un accorde une valeur absolument indépendante à cette seconde preuve libératoire et que l'autre l'assimile purement et simplement à la première, ce qui évidemment revient à démontrer son inutilité. La seconde preuve joue un certain rôle en complétant et en précisant le sens de la première. En exigeant l'existence d'un rapport de causalité entre le manque de diligence et le dommage, le législateur a souligné qu'il instituait à l'article 56 CO une responsabilité pour défaut de surveillance, et non une responsabilité en raison du risque créé par la détention de l'animal. Dans cette dernière hypothèse, il serait, en effet, sans importance que le dommage ait été ou non causé par le manque de diligence du détenteur; il suffirait qu'il ait été causé par l'animal. Le texte de la première preuve libératoire démontre déjà que l'on ne se trouve pas en présence d'une responsabilité pour risque, mais le texte de la seconde vient utilement renforcer cette conclusion.

La seconde preuve libératoire présente encore l'intérêt de préciser à quelle personne il incombe d'établir le caractère inadéquat du défaut de surveillance. Ainsi, d'après l'article 56 CO, il appartient au lésé d'établir que l'animal a causé un dommage, et rien de plus. Pour s'exonérer, le détenteur devra faire la preuve d'une diligence conforme aux circonstances ou établir que même si cette diligence avait été effectivement déployée elle n'aurait pas empêché la survenance du dommage. Le détenteur ne peut pas se borner à prétendre que la diligence n'aurait pas prévenu l'accident en laissant à sa partie adverse le soin de démontrer le contraire; il doit faire lui-même la preuve de son allégation avec tous les aléas que cela comporte.

Dans la pratique, l'examen de ces deux preuves libératoires intervient simultanément, le juge ne faisant grief au détenteur que de n'avoir pas pris les précautions dont l'omission est en rapport de causalité avec le dommage. Cette attitude lui est dictée par le texte de la seconde preuve libératoire. On peut toutefois douter que son raisonnement eût nécessairement été le même s'il n'avait eu pour le guider que les théories générales sur la causalité. Ces dernières sont beaucoup moins familières à de nombreux juges qu'à Oftinger. On ne peut automatiquement conclure, du fait que cet auteur estime la seconde preuve libératoire superflue, qu'elle est dépourvue de tout intérêt pratique.

Nous arrivons ainsi à la conclusion que s'il est erroné d'accorder à la

¹ p. 544.

seconde preuve libératoire une valeur indépendante, comme le fait Schmid, c'est aller un peu vite en besogne que d'en déduire, avec Oftinger, qu'elle est superflue.

Section II

PREUVE LIBÉRATOIRE ET CONTRAT, LES CLAUSES D'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ

Introduction.

Nous avons étudié jusqu'à présent le jeu de la preuve libératoire en partant de l'hypothèse que le lésé était n'importe quel tiers et que le seul rapport juridique existant entre lui et le détenteur naissait du dommage causé par l'animal. Il arrive toutefois assez souvent que l'animal cause un dommage à une personne qui se trouve liée au détenteur par un contrat. Le problème qui se pose alors est celui de savoir si l'existence du contrat exclut l'application de l'article 56 CO ou si, au contraire, la responsabilité légale l'emporte sur les conventions des parties. Une question voisine de la précédente consiste à se demander quelle serait la valeur de dispositions contractuelles exonérant le détenteur de la responsabilité édictée par l'article 56 CO à l'égard de ses cocontractants.

La différence fondamentale entre ces deux cas provient du fait que dans la seconde hypothèse les parties ont expressément ou tacitement été d'accord d'exclure la responsabilité du contractant détenteur de l'animal alors que, dans la première, elles ne se sont pas prononcées à ce sujet. L'existence ou l'absence d'une entente relative à la responsabilité du détenteur nous paraît présenter une grande importance. En effet, si juridiquement une clause d'exclusion est valable, la responsabilité éventuelle ne s'appréciera plus que suivant les normes contractuelles, cas échéant dans le cadre d'autres dispositions légales, l'article 100 CO, par exemple. La situation sera plus délicate si le contrat ne permet pas de déceler la volonté des parties en ce qui concerne la responsabilité du détenteur. Nous examinerons séparément ces deux problèmes.

Il convient de souligner préalablement qu'il n'y aura de difficulté à surmonter que pour autant qu'il n'y ait pas transfert de la détention. Si par le contrat la partie adverse du détenteur devient elle-même déten-

trice, ne serait-ce que concurremment avec le détenteur initial, la question d'une influence du contrat sur la responsabilité légale ne se pose plus.

§ 1. *Existence d'un contrat entre lésé et détenteur d'animal, contrat qui ne règle pas la question de la responsabilité du détenteur.*

Il y a lieu de distinguer à cet égard deux éventualités :

- I. L'absence de clause relative à la responsabilité du détenteur est due au fait qu'il n'existe aucun rapport entre l'objet du contrat et la détention de l'animal.
- II. Il n'existe aucune clause réglant la responsabilité du détenteur parce que les parties n'y ont pas pensé ou l'ont jugée inutile, bien que le contrat établisse un rapport plus ou moins étroit entre l'animal et le cocontractant du détenteur.

I. *Il n'existe pas de rapport entre le contrat et le dommage causé par l'animal au cocontractant.*

Cette éventualité se trouve réalisée lorsque le dommage aurait pu tout aussi bien être causé à n'importe quel tiers par l'animal. Ainsi, une personne à laquelle le détenteur a emprunté de l'argent est blessée par le chien de ce dernier alors qu'elle passe, par hasard, devant le domicile de son débiteur. Il n'existe ici aucune causalité. Elle est présente, tout en n'étant pas adéquate, dans le cas suivant : un employé convoqué par son patron est attaqué par le chien de ce dernier au moment où il entre dans le bureau directorial ; cet accident pouvait arriver à n'importe quel client de l'entreprise et le contrat n'est qu'une circonstance qui a créé l'occasion du dommage.

En pareil cas, une influence du contrat sur la responsabilité de l'article 56 CO sera exclue, car les stipulations contractuelles ne pourront ni atténuer, ni aggraver la responsabilité du détenteur.

Si l'existence d'un contrat n'exerce aucune influence sur le principe de la responsabilité, cela ne signifie pas que cette existence sera dépourvue de toute conséquence. La réparation du dommage pourra être différée, lorsqu'il y a un contrat, de ce qu'elle aurait été si aucun lien n'unissait le lésé au détenteur. Le contrat jouera un rôle lors de la réparation du dommage dans le cas où le détenteur est simultanément

l'employeur de la victime, en d'autres termes, lorsque les intéressés sont liés par un contrat de travail. Dans une pareille situation trois hypothèses peuvent être envisagées.

A) *Le lésé est soumis à l'assurance obligatoire contre les accidents.*

Dans ce cas, ses droits seront régis par l'article 129 LAMA. Cette solution est indiscutable, elle a du reste été expressément admise par l'article 56 LFC pour les accidents causés par les véhicules à moteur.

Nous n'avons pas à examiner l'application de l'article 129 LAMA, il nous suffira de rappeler que cette disposition ne concerne que les accidents professionnels ¹ et que le lésé ne perd que le droit de réclamer au responsable la réparation des mêmes types de dommages que ceux assumés par la Caisse nationale ². Il conserve, en particulier, ses droits éventuels à une indemnité pour tort moral ³.

B) *Le lésé est assuré, mais pas par la Caisse nationale.*

La doctrine et la jurisprudence admettent dans ce cas que la victime peut réclamer au responsable tout le dommage qu'elle subit sans imputer sur sa réclamation les prestations de son assureur ⁴, parce que les mesures de prévoyance prises par elle ne doivent pas profiter au responsable. Cette idée qui justifie le cumul en marque également la limite. En effet, si la mesure de prévoyance a été prise par le responsable, et à ses frais, ce dernier pourra imputer sur l'indemnité due par lui les prestations de l'assureur *accidents* en faveur de la victime. Cette opinion est défendue, sur le terrain de la doctrine, par Oftinger ⁵ et a été consacrée par la Loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne du 3 octobre 1951 qui prévoit, à son article 99, l'imputation de l'indemnité journalière sur le salaire, sauf si l'accident est dû à une faute grave de l'employeur. Par conséquent, si le patron-détenteur d'animal assure son personnel contre les accidents et paie la prime d'assurance, l'employé blessé par l'animal ne pourra lui réclamer, en sa qualité de détenteur, que la part de son dommage non couverte par l'assurance. Le droit au cumul demeure si le patron ne fait que garantir la prime à l'égard de l'assureur et la retient sur le salaire de l'employé,

¹ RO 67/II, p. 231 ss.

² RO 72/II, p. 314.

³ RO 72/II, p. 315; RO 72/II, p. 432.

⁴ RO 70/II, p. 229; SJ 1945, p. 175; JT 1945, p. 109; RO 73/II, p. 39; SJ 1947, p. 305; JT 1947, p. 365.

⁵ p. 138, 295.

ce qui est souvent le cas pour la part de prime afférente à la couverture des accidents non professionnels.

A première vue cette situation est semblable à celle existant en cas d'assurance obligatoire. Il y a cependant une différence. La Caisse nationale n'assure pas la perte de salaire totale due à l'incapacité de travail ou à l'invalidité, mais seulement le 80 %¹ (incapacité temporaire de travail) ou le 70 %² (invalidité). L'article 129 LAMA enlève au lésé le droit, dans les limites de son champ d'application, de réclamer le solde non couvert au responsable. Dans le cas de l'assurance privée, par contre, si la perte de salaire n'est couverte que partiellement par l'assureur, la victime pourra obtenir du patron-détenteur le solde de la perte de salaire après déduction des prestations de l'assurance.

C) *Le lésé n'est pas assuré.*

Dans cette éventualité, la victime a le droit de réclamer au détenteur l'indemnisation de son dommage total. Le détenteur ne pourra invoquer l'existence du contrat qui l'unit au lésé pour obtenir une réduction des dommages-intérêts.

Une autre question est celle de savoir si le lésé est fondé à réclamer deux fois la réparation du dommage résultant de ses lésions corporelles, en invoquant d'abord l'article 56 CO puis, en second lieu, le contrat de travail. Peut-il, en d'autres termes, cumuler les prestations résultant de l'article 56 CO avec celles dues en vertu de l'article 335 CO ? Le problème général que l'on rencontre à ce moment est celui de savoir quelle influence l'indemnisation de l'employé par un tiers responsable exerce sur l'obligation de l'employeur de payer le salaire pendant l'incapacité de travail. Oser³ et Becker⁴ ne se prononcent pas expressément à ce sujet, tandis que Strebel émet l'avis que l'article 335 CO ne peut être invoqué par l'employé lorsqu'il a été indemnisé par un tiers responsable⁵. Si l'on applique ce principe au cas particulier dans lequel le détenteur est simultanément l'employeur du lésé, il paraît hors de doute que ce dernier ne pourra prétendre cumuler les dommages-intérêts dus en vertu de l'article 56 CO avec les prestations prévues par l'article 335 CO.

¹ Art. 74 LAMA.

² Art. 76 LAMA.

³ Op. cit., Rem. 26 ad art. 335 CO.

⁴ Op. cit., Rem. 7 ad art. 335 CO.

⁵ Op. cit., Rem. 93 ad art. 37 LFC.

II. *Il existe un rapport entre le dommage causé par l'animal et le contrat unissant le lésé au détenteur.*

A) *Généralités.*

Le problème à résoudre, l'influence du contrat sur la responsabilité du détenteur, se posera dès qu'il y aura un lien contractuel quelconque se rapportant à l'animal entre le détenteur et le lésé. Par contrat, le lésé a acquis le droit ou assumé l'obligation de s'occuper de l'animal, d'entrer en contact avec lui, en est devenu possesseur ou détenteur au sens des droits réels sans en devenir détenteur au sens de l'article 56 CO. Le contrat que l'on rencontrera le plus fréquemment sera le contrat de travail, mais il peut s'agir aussi d'un prêt à usage, d'un contrat d'entreprise, de transport, éventuellement d'un mandat; une gestion d'affaires est également concevable. Il convient de se demander quelle sera dans une telle éventualité la situation juridique du lésé. Quatre solutions sont théoriquement possibles :

- I. L'action contractuelle et l'action extra-contractuelle du lésé existent de façon indépendante l'une de l'autre et n'exercent aucune influence quelconque l'une sur l'autre.
- II. L'action fondée sur l'article 56 CO exclut l'action contractuelle.
- III. L'action contractuelle exclut celle de l'article 56 CO.
- IV. Les deux actions demeurent à la disposition du lésé mais l'existence du contrat exerce éventuellement une influence sur les droits résultant de l'article 56 CO.

Il s'agit d'un problème qui dépasse le cadre de l'article 56 CO et qui se présente chaque fois que le lésé est simultanément lié par un contrat à celui qui, en vertu d'une disposition de responsabilité civile, est tenu de réparer son dommage. Doit-on admettre en pareil cas qu'il y a concours d'actions, c'est-à-dire que le lésé peut invoquer à son choix ou simultanément les dispositions contractuelles ou celles sur la responsabilité civile, ou faut-il considérer que l'action contractuelle exclut l'action fondée sur la responsabilité civile ? La question est controversée en doctrine lorsqu'il y a concours d'une action contractuelle avec une action découlant d'un acte illicite. La majorité des auteurs admet le concours¹. Le Tribunal

¹ Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 16 ad art. 41-61 CO; Becker: op. cit., Rem. I/2 ad art. 41-61 CO; Roger Secretan: *Le Concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse* dans *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, n° 68, p. 183 ss; August Simonius: *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts* dans *Hundert Jahre schweizerisches Recht*, Bâle 1952, p. 265-67.

fédéral fait de même ¹. Von Tuhr est d'un avis différent, estimant qu'il est inutile de maintenir l'idée de deux actions concurrentes. La faute contractuelle doit être soumise en première ligne aux dispositions régissant le contrat; celles relatives aux actes illicites ne s'appliquent que s'il n'est plus possible d'exercer l'action contractuelle ². Dans la règle, à son avis, l'action contractuelle exclut donc l'autre. Lorsqu'il y a concours entre une action contractuelle et la responsabilité causale des articles 55, 56 et 58 CO, tous les commentateurs, y compris von Tuhr, admettent le concours ³. En ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité du détenteur d'animal, ces mêmes auteurs ⁴, ainsi que le Tribunal fédéral ⁵, se prononcent expressément pour le concours.

Ce rappel de la doctrine et de la jurisprudence nous permet d'aboutir à la conclusion que deux des hypothèses que nous avons formulées théoriquement, à savoir l'exclusion de l'action contractuelle par celle fondée sur l'article 56 CO et la possibilité inverse, l'exclusion par l'action contractuelle de l'action causale, ne doivent pas être retenues.

Il nous reste, dès lors, à déterminer si les deux actions pourront être exercées sans égard l'une pour l'autre ou si au contraire la situation du lésé fait l'objet d'un examen d'ensemble, dans lequel les facteurs contractuels pourront influencer sur la responsabilité légale.

Cette question ne peut pas être résolue d'une façon générale pour tous les cas de concours d'actions causales et d'actions contractuelles. Ainsi, l'article 37 alinéa 4 de la LFC, règle de façon impérative la responsabilité du détenteur d'automobile à l'égard de la personne transportée gratuitement, de telle sorte que le contrat entre les intéressés ne peut conduire à une atténuation de la responsabilité légale.

La situation est tout autre en ce qui concerne la responsabilité instituée par l'article 56 CO. Cette disposition fait dépendre des « *circonstances* » l'obligation de soins ou de surveillance du détenteur d'animal. Or, le contrat, en application duquel le lésé est entré en contact avec l'animal, constituera une des circonstances à la lumière desquelles seront déterminés les devoirs du responsable ⁶. Le principe même d'une influence des rapports contractuels sur la responsabilité légale nous paraît suffisamment évident pour qu'une démonstration plus complète s'avère

¹ RO 50/II, p. 378; 64/II, p. 259; SJ 1939, p. 111; JT 1939, p. 42.

² Op. cit., vol. II, p. 507.

³ Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 19 ad art. 41-61 CO; Becker: op. cit., Rem. 7 ad art. 41-61 CO; von Tuhr: op. cit., vol. II, p. 508; Oftinger, p. 361.

⁴ Schneider et Fick, Rem. 19 et 23 ad art. 56 CO; Oser, Rem. 8 ad art. 56 CO; von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 358; Becker: op. cit., vol. VI 1, Rem. 9 ad art. 56 CO.

⁵ RO 26/II, p. 106; 35/II, p. 92; SJ 1909, p. 537; RO 41/II, p. 238; SJ 1920, p. 42; SJ 1939, p. 564; Arrêts du Tribunal cantonal de Fribourg 1947, p. 14.

⁶ Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 8 ad art. 56 CO.

inutile. Nous pensons toutefois qu'avec cette constatation nous n'arrivons pas encore à une conclusion assez précise.

En matière de concours d'une faute contractuelle avec un acte illicite, von Tuhr rejette le concours d'actions en considérant que la règle spéciale que constitue le contrat pour les parties déroge aux règles générales exprimées par les dispositions légales en matière d'actes illicites ¹. Ce raisonnement est également valable pour le concours d'une action contractuelle avec la responsabilité légale instituée par l'article 56 CO. Si l'on rejette le principe de la primauté du contrat défendu par von Tuhr pour celui du concours d'actions, il convient de se demander quelles en seront les conséquences. Est-il concevable que l'application de l'article 56 CO conduise à un autre résultat que celui des normes contractuelles ? Certainement. Une première différence provient du fait que la responsabilité contractuelle est fondée sur une simple présomption de faute, alors que l'article 56 CO exige la preuve d'une diligence objective pour que le détenteur soit libéré de sa responsabilité. L'article 56 CO permettra donc au lésé d'obtenir réparation de son dommage dans tous les cas où le détenteur démontre qu'il n'a pas commis de faute, sans établir qu'il a fait preuve de la diligence requise par l'article 56 CO.

Pour ne pas allonger cette énumération, nous nous permettons de renvoyer à l'ouvrage d'Oftinger en ce qui concerne d'autres hypothèses dans lesquelles l'article 56 CO est plus favorable aux lésés que les règles sur la responsabilité contractuelle ².

Les conclusions générales de cette étude des principes régissant le concours d'actions seront, dès lors :

Que le concours doit être admis entre les actions contractuelles et celle fondée sur l'article 56 CO.

Que le contrat jouera un rôle déterminant lorsqu'il s'agira de fixer la diligence requise de l'employeur ou du détenteur d'animal et d'apprécier s'il a ou non fait la preuve libératoire.

Cette influence du contrat quant à la mesure de la diligence requise en vertu de l'article 56 CO mérite d'être examinée d'un peu plus près, car son importance pratique est grande.

B) *Contrat et diligence requise du détenteur.*

Bien souvent le détenteur d'animal est obligé de confier la garde, la surveillance de ce dernier à un préposé. Dans certaines circonstances, il

¹ Op. cit., vol. II, p. 507.

² p. 365.

sera obligé d'avoir recours à des tiers: vétérinaire, maréchal ferrant, tondeur, etc., pour remplir certaines tâches nécessitant des capacités spéciales. Quelle sera sa situation si l'animal cause un dommage à l'une ou l'autre de ces personnes ?

Le contrat jouera à ce propos un rôle de premier plan, car il établit les conditions dans lesquelles le lésé est entré en contact avec l'animal. Si la bête lui a été confiée parce que précisément il présentait toutes les qualités nécessaires pour la surveiller, la nourrir, lui prodiguer certains soins, etc., la diligence exigée du détenteur sera très considérablement réduite par rapport à celle que l'on réclamerait de lui si le lésé était n'importe quel tiers. Il sera seulement tenu, en règle générale, de renseigner convenablement son préposé ou mandataire sur ce que ce dernier ne peut savoir en connaissant simplement l'espèce de l'animal, c'est-à-dire sur ses qualités et surtout les défauts qui lui sont particuliers. A part cela, le détenteur devra mettre à disposition, suivant les circonstances, des installations permettant au préposé de remplir sa mission sans être exposé à des dangers inutiles. D'autres mesures seront ou ne seront pas nécessaires suivant le degré de subordination du préposé au détenteur. Si le tiers a une activité totalement autonome, c'est à lui qu'il incombera de prendre les précautions indispensables et il devra supporter le risque d'une erreur d'appréciation de sa part. Ainsi, le dompteur ¹, le vétérinaire ¹, l'entraîneur de chevaux ², ne pourront que difficilement et très rarement rendre le détenteur responsable du dommage causé par l'animal³.

La situation est différente lorsque le préposé ne jouit pas d'une aussi large indépendance. Suivant les cas, le détenteur sera tenu de le surveiller, de vérifier s'il prend réellement les précautions qui lui ont été prescrites. Une carence, une imprudence du préposé ne le libérera pas automatiquement de sa responsabilité. Elle pourra ne constituer qu'une faute concomitante. Or la question de savoir si la faute concomitante a un effet libératoire total est controversée, si bien que le détenteur risque d'être condamné au paiement d'une indemnité partielle pour n'avoir pas surveillé convenablement son préposé.

Le rapport de subordination type entre détenteur et préposé est celui que crée le contrat de travail. Or l'article 339 CO impose à l'employeur l'obligation de prendre les mesures de sécurité propres à écarter les risques de l'exploitation. Il s'agit d'une disposition de droit impératif ⁴, le détenteur-employeur sera donc tenu de se conformer à l'exigence qui

¹ Oser-Schönenberger : op. cit., Rem. 8 ad art. 56 CO.

² Oftinger, p. 597.

³ Oftinger, p. 597.

⁴ Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 12 ad art. 56 CO; Becker: op. cit., Rem. 13 ad art. 56 CO.

s'y trouve formulée. Comment se combinera-t-elle avec la responsabilité instituée par l'article 56 CO ? Dans un arrêt du 28 janvier 1947, le Tribunal cantonal de Fribourg ¹ a émis l'avis que « lorsque le lésé a été engagé par le détenteur pour la surveillance de l'animal, la responsabilité qui pèse sur le détenteur en vertu de l'article 56 CO, ne saurait aller au-delà de celle que l'article 339 lui impose en qualité d'employeur ». Cette opinion nous paraît erronée; en effet, elle constitue une négation du concours qui est admis, comme nous l'avons vu, par la doctrine et la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il est juste, par contre, de dire que si l'employeur-détenteur établit avoir pris les mesures de précaution requises par l'article 339 CO, il fait la preuve de la diligence exigée par l'article 56 CO. Il s'agira, alors, de la diligence positive exigée du détenteur d'animal. S'il démontre simplement n'avoir pu prendre, sans faute de sa part, les précautions requises par l'article 339 CO, il sera libéré de sa responsabilité contractuelle, puisque celle-ci ne repose que sur une présomption de faute; par contre, il demeurera responsable comme détenteur, la preuve de sa diligence n'ayant pas été faite. Nous ne voyons pas, ni en droit, ni en équité, de raison valable de refuser à l'employé lésé, simplement parce qu'il est au service du responsable, la protection qu'accorde le législateur à n'importe quel tiers par le moyen de la responsabilité causale.

Même si nous rejetons la solution extrême consistant à exclure l'article 56 CO chaque fois qu'il y a contrat, ou contrat de travail, entre lésé et détenteur, il demeure que le contrat aura une importance capitale quand il s'agira d'appliquer ledit article 56 CO. Il suffit de parcourir la jurisprudence pour s'en convaincre. Les tribunaux ont dû, à d'assez nombreuses reprises, trancher des litiges dans lesquels il y avait lieu d'apprécier la diligence du détenteur en fonction d'un contrat qui le liait au lésé. On se rend immédiatement compte que la situation est différente, les décisions aboutissant à la libération du détenteur sont beaucoup plus nombreuses que dans les cas où il s'agit d'appliquer purement et simplement l'article 56 CO. Ainsi la preuve libératoire est admise dans le cas d'une blessure causée à un valet du détenteur par un cheval rueur parce que ce défaut était connu de la victime ², à l'égard d'un domestique mordu par le verrat qu'il était chargé de nourrir ³, envers celui qui loue professionnellement ses services pour la conduite du bétail en ce qui concerne le dommage que lui cause un veau qu'il avait accepté de conduire à l'abattoir ⁴. Si le détenteur-employeur est condamné dans

¹ Extrait des principaux arrêts du Tribunal cantonal, année 1947, p. 13.

² RO 26/II, p. 103.

³ SJ 1939, p. 562.

⁴ Arrêts du Tribunal cantonal de Fribourg 1947, p. 13.

l'arrêt Meier-Trachsel contre Consorts Egli, c'est parce que le Tribunal fédéral considère qu'il n'a pas donné à son valet des instructions suffisantes sur la façon de se comporter à l'égard d'un cheval rueur ¹. Pour des motifs analogues, la Cour de Justice de Genève déclare responsable un détenteur qui affirma à la personne chargée de tondre son cheval que ce dernier n'était pas méchant, alors qu'elle connaissait l'inexactitude de ses dires ². Enfin dans un arrêt, le Tribunal fédéral paraît ne pas s'être préoccupé du fait qu'un contrat de travail liait le détenteur à la victime ³.

L'importance attribuée par la doctrine et la jurisprudence aux stipulations contractuelles existant entre le détenteur et le lésé nous amène logiquement à nous poser la question de savoir si, et dans quelles conditions, le détenteur pourrait d'avance s'exonérer conventionnellement de la responsabilité mise à sa charge par l'article 56 CO.

§ 2. *Les clauses d'exclusion de la responsabilité.*

Introduction.

L'article 100 CO permet de réduire par contrat la responsabilité du débiteur, mais non de la supprimer totalement. Est nulle toute stipulation qui tend à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave. Au surplus, le juge peut tenir pour nulle la renonciation du créancier à rechercher le débiteur en cas de faute légère lorsque le créancier, au moment de cette renonciation, se trouvait au service du débiteur. En résumé, le débiteur ne peut s'exonérer que de la responsabilité résultant de sa faute légère et le juge peut même déclarer cette clause nulle si le créancier est un employé du débiteur.

Ces règles, qui ont été énoncées en matière de faute contractuelle, sont-elles également valables en ce qui concerne les actes illicites et les responsabilités légales, ou doit-on, par avance, considérer comme nulle toute clause d'exclusion de responsabilité dans le domaine extra-contractuel ?

Devrait-on, en second lieu, si la validité de principe d'une telle exclusion est admise, exiger une clause expresse en ce sens ?

¹ RO 35/II, p. 90; SJ 1909, p. 536.

² SJ 1920, p. 40.

³ RO 41/II, p. 238.

I. *Validité des clauses d'exclusion en matière d'acte illicite ou de responsabilité causale.*

A) *La doctrine.*

L'unanimité est loin de régner au sujet de la validité de telles clauses. Ainsi Oser, s'appuyant sur l'avis émis par Becker dans la première édition de son commentaire, déclare catégoriquement dans ses remarques préliminaires aux articles 41-61 CO qu'aucune limitation contractuelle des responsabilités des articles 56 et 58 CO n'est licite, alors qu'il l'accepte pour la responsabilité délictuelle¹. Il se contredit toutefois en admettant plus loin, à propos de l'article 58 CO, qu'une renonciation au bénéfice de cette disposition est admissible en ce qui concerne les dommages matériels et discutable en matière de lésions corporelles, car elle serait contraire à l'article 27 alinéa 2 CCS². La même idée est défendue par Böckli³ et Rothenhäusler⁴. Becker déclarait dans la première édition de son commentaire⁵ que l'on ne pouvait considérer que l'existence d'un contrat transformait régulièrement la responsabilité de l'article 58 CO en une responsabilité pour faute. Ce que cet auteur écarte, c'est l'élimination automatique de la responsabilité causale au profit de la responsabilité contractuelle. Il ne se prononçait pas pour ou contre la liberté d'une clause d'exclusion de la responsabilité légale. Oser semble avoir mal interprété ce passage lorsqu'il en tire la conclusion que, comme lui, Becker estime les clauses d'exclusion inapplicables sur le terrain de la responsabilité causale. Dans la seconde édition de son ouvrage, Becker, tout en maintenant l'affirmation rappelée ci-dessus que l'existence d'un contrat n'entraîne pas automatiquement l'élimination de la responsabilité causale, admet expressément la possibilité d'exclure cette responsabilité par une clause en ce sens⁶. Il fait valoir, en invoquant la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'une stipulation de cette nature ne peut être déclarée nulle de façon générale, le CO ne contenant aucune disposition à cet égard, contrairement à la Loi sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes (art. 16): il y aurait lieu, cas échéant, de faire application à son égard des principes sanctionnés par les articles 27 CCS, 20 et 100 CO⁷. Nous signalerons à l'appui de cet argument que l'article 43 LFC déclare lui aussi nulle

¹ Op. cit., Rem. 19 ad art. 41-61 CO.

² Op. cit., Rem. 17 ad art. 58 CO.

³ *Die Billigkeitshaftung des Art. 58 OR*, Thèse Berne 1918, p. 54.

⁴ *Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schweizerischem Zivilrecht*, Thèse Zurich 1919, p. 62.

⁵ Op. cit., Rem. 6 ad art. 41-61 CO.

⁶ Op. cit., Rem. 7 ad art. 41-61 CO.

⁷ Op. cit., Rem. 28 ad art. 58 CO.

toute convention excluant ou restreignant la responsabilité civile. Cela signifie que si le législateur a jugé nécessaire de frapper expressément de nullité une telle convention dans la Loi sur la circulation des véhicules automobiles, c'est parce qu'il la considérait comme valable à défaut d'une telle disposition.

Von Tuhr admet, lui aussi, que si la responsabilité de l'article 58 CO subsiste à côté de celle qui résulte d'un rapport contractuel, elle peut être supprimée conventionnellement ¹. Oftinger déclare, en ce qui concerne l'article 58 CO, que la question de l'exclusion de la responsabilité légale par convention est une question très controversée ² et renvoie sur ce point à la partie générale de son commentaire où il admet qu'une telle clause est valable aussi bien pour les responsabilités légales qu'en matière d'actes illicites ³. Çaga partage également cet avis ⁴.

En résumé, la majorité des auteurs cités admettent l'exclusion de la responsabilité causale par une clause conventionnelle. Cette dernière est valable dans les mêmes limites que celles fixées à l'exclusion de la responsabilité conventionnelle par l'article 100 CO. Oser, seul, est plus sévère, considérant à propos de l'article 58 CO qu'une telle clause d'exclusion n'est certainement valable qu'en ce qui concerne les dommages matériels; en matière de lésions corporelles sa validité est sujette à caution, car elle se heurterait au texte de l'article 27 CCS.

B) *La jurisprudence.*

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'étudier le problème sur le terrain de l'article 58 CO dans l'arrêt Dame Buchwalder contre Société Immobilière Chemin Furet E ⁵. Il arrive à la conclusion qu'«en principe la renonciation est licite même s'il s'agit de la responsabilité purement causale et que le juge a la faculté d'en tenir compte» ⁶. Il pourra suivant les circonstances soit rejeter, soit réduire la demande ⁶. Dans un arrêt postérieur toutefois, il s'est demandé s'il y avait lieu de maintenir la règle énoncée par l'arrêt Buchwalder, mais n'a pas tranché la question ⁷. La Cour de Justice de Genève avait émis auparavant un avis contraire à celui exprimé par l'arrêt Buchwalder, affirmant qu'une disposition contractuelle ne pourrait avoir pour conséquence de permettre une dérogation à l'article 58 CO. Il s'agissait pourtant en l'espèce de

¹ Op. cit., vol. I, p. 361.

² Op. cit., p. 447.

³ Op. cit., p. 345.

⁴ Tahir Çaga : *Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche*, Thèse Zurich 1939, p. 192.

⁵ SJ 1934, p. 1.

⁶ SJ 1934, p. 11.

⁷ RO 60/II, p. 345; SJ 1935, p. 186; JT 1935, p. 238.

dommages matériels¹. Par la suite, dans un arrêt portant sur des dommages-intérêts réclamés pour des lésions corporelles, elle se rallia à l'opinion soutenue dans l'arrêt Buchwalder².

Nous pensons, dès lors, pouvoir conclure de cet examen rapide du problème des clauses d'exclusion de la responsabilité que le détenteur d'animal pourra, par une stipulation contractuelle, s'exonérer de la responsabilité mise à sa charge par l'article 56 CO. Cette convention sera valable dans la mesure où le juge ne la considérera pas comme contraire, d'après les circonstances particulières du cas, à l'article 27 CCS ou à l'article 20 CO. Au surplus sa validité sera soumise, en cas de faute du détenteur et si le lésé était l'employé de ce dernier, à l'appréciation du tribunal en vertu de l'article 100 alinéa 2 CO. Dans cette éventualité également, il y aura lieu, le cas échéant, de tenir compte de l'article 339 CO qui prescrit impérativement³ à l'employeur de prendre les mesures de sécurité propres à écarter les risques de l'exploitation.

La question sera posée de façon relativement simple si les parties ont réglé expressément le problème de la responsabilité extra-contractuelle. Comme cela ne sera pas nécessairement le cas, il faudra se demander si, à défaut d'exclusion expresse, la responsabilité légale demeure applicable ou s'il est admissible de déterminer, en interprétant le contrat, quelle a été la volonté des parties à son sujet.

II. La clause d'exclusion de responsabilité doit-elle être expresse ou peut-elle être tacite ?

La plupart des auteurs considèrent que la clause d'exclusion de la responsabilité légale n'a pas besoin d'être expresse; elle peut être simplement tacite⁴, résulter des circonstances. Otfinger déclare qu'en principe une clause d'exclusion de la responsabilité contractuelle doit être interprétée comme dérogeant également aux règles sur les actes illicites ou la responsabilité légale. Il pense que l'exclusion contractuelle crée une présomption de renonciation à la protection légale qu'il appartient au lésé de renverser, bien qu'il s'agisse là, avant tout, d'une question d'interprétation⁵. Ackermann est moins catégorique, car pour lui, en cas de doute, seule la responsabilité contractuelle doit être considérée comme

¹ SJ 1932, p. 332.

² Arrêt non publié du 7 mai 1943, Delle Rasetti c. hoirs Vibert.

³ Oser-Schönenberger: op. cit., Rem. 13 ad art. 339 CO.

⁴ Becker: op. cit., Rem. 7 ad art. 41-61 CO; von Tuhr: op. cit., vol. I, p. 362.

⁵ p. 367.

visée par la convention des parties ¹. Pour Çaga, il s'agit d'une pure question d'interprétation de l'intention des parties ². Quant au Tribunal fédéral, il a admis, dans l'arrêt Dame Buchwalder contre Société Immobilière Chemin Furet E, une renonciation tacite à se prévaloir des défauts apparents d'un immeuble ³.

En ce qui concerne plus particulièrement le détenteur d'animal, le Tribunal supérieur du Canton d'Argovie a considéré qu'en cas d'emploi gratuit d'un animal, il s'agissait en l'espèce de transport bénévole sur un char, l'article 56 CO ne pouvait être appliqué ⁴. Dans un cas de ce genre, le Tribunal fédéral n'a opéré qu'une réduction de l'indemnité réclamée. La situation était toutefois différente car le détenteur avait commis une faute ⁵. Oftinger critique la décision du Tribunal supérieur du Canton d'Argovie ⁶. Nous ne partageons cependant pas son point de vue qui est nettement inspiré par l'article 37 alinéa 4 LFC ⁷. Or, cette disposition autorise le juge, non seulement à réduire, mais aussi à supprimer toute indemnité, en cas de transport gratuit, ce qu'Oftinger semble oublier. L'attitude de cet auteur est, au surplus, contradictoire.

Le problème du transport gratuit doit être rapproché de celui des clauses d'exclusion de la responsabilité. Suivant les circonstances, en effet, on peut présumer que celui qui demande ou accepte d'être transporté gratuitement renonce implicitement au bénéfice de la responsabilité causale. Oftinger admet la validité des clauses, même tacites, d'exclusion de cette responsabilité; il ne devrait, par conséquent, pas critiquer le tribunal qui exclut l'application de la responsabilité causale en cas de transport gratuit. Cela signifie simplement que, pour ce tribunal, le transport bénévole implique une renonciation à invoquer l'article 56 CO.

Nous sommes, en ce qui nous concerne, d'accord avec l'arrêt argovien qui vient d'être cité, sous cette réserve que, s'il existe des raisons valables tirées de l'article 27 CCS, des articles 20 ou 100 CO, ou de toute autre disposition légale, de déroger au principe de l'exonération du détenteur en cas d'usage ou de transport gratuits, il en soit tenu compte pour accorder une indemnité partielle, voire la réparation intégrale du dommage si les circonstances le justifient. Il ne s'agira toutefois

¹ Josef Ackermann: *Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweizerischem Recht*, Thèse Zurich 1931, p. 49.

² Op. cit., p. 206.

³ SJ 1934, p. 9.

⁴ SJZ 22, p. 89.

⁵ RO 52/II, p. 457; JT 1927, p. 199.

⁶ p. 210; p. 597, Rem. 251.

⁷ p. 210.

là que d'une exception à la règle générale, tandis qu'Oftinger fait de cette exception le principe même qu'il convient d'observer.

Notre conclusion sur ce problème des clauses d'exclusion de la responsabilité légale sera que leur validité est difficilement attaquable par des arguments juridiques solides. Il nous sera toutefois permis de douter de leur application régulière et constante par les tribunaux qui ont tendance à restreindre de plus en plus la liberté des contrats.

Chapitre IV

LA FAUTE CONCOMITANTE, LE RISQUE CONCURRENT, LES RECOURS

Introduction

Il nous semble normal de grouper dans le même chapitre les trois problèmes ci-dessus. Il s'agit, en effet, de moyens de droit qui, s'ils sont fondés, permettent au détenteur de s'exonérer soit partiellement, soit totalement de sa responsabilité ou, dans le cas du recours, d'obliger un tiers à lui rembourser ses propres prestations. Leur action est donc semblable à celle de la preuve libératoire. Ils en diffèrent toutefois par leur origine. La preuve libératoire a sa source dans le comportement du détenteur ou de la personne dont il répond, le gardien. La faute concomitante et le risque concurrent, eux, sont des faits qui se rapportent au lésé et à lui seul. Quant aux recours, ils prennent naissance lorsqu'un tiers est également tenu de réparer le dommage dont répond le détenteur. Il peut s'agir soit d'une personne qui a contribué à créer le dommage, soit qui était engagée par convention à le réparer; c'est, par exemple, la situation de l'assureur du lésé ou du détenteur.

Il y a lieu de distinguer en cette matière deux situations. Celle où le tiers est obligé directement envers le lésé de réparer le dommage, quel que soit le fondement de son obligation, et celle où le tiers n'est tenu qu'envers le détenteur à cette réparation. Seule la première éventualité nous paraît intéressante, quant aux principes qui la régissent; en effet, dans la seconde, nous nous trouvons le plus souvent en présence de rapports contractuels qu'il s'agira d'interpréter. Nous précisons donc que lorsque nous parlons de recours sans autre qualification nous ne visons que le recours entre coobligés.

LA FAUTE CONCOMITANTE

§ 1. *Les dispositions légales applicables.*

La faute personnelle du lésé ou celle d'une personne dont il répond exercent une certaine influence sur l'obligation du détenteur de réparer le dommage causé par son animal. Quelle sera exactement cette action ? On peut concevoir un système dans lequel la moindre faute suffirait à faire perdre au lésé le bénéfice de la responsabilité causale. On peut aussi, en principe, exiger l'existence d'une faute qualifiée, *grave*, de la victime pour exonérer le détenteur. A cet égard le législateur suisse adopte deux systèmes différents. Dans certains cas, il a précisé lui-même l'importance que le juge pourra accorder à la faute du lésé. Un exemple d'une réglementation de ce genre nous est fourni par l'article 37 LFC¹. L'alinéa II de cet article dispose que la faute grave du lésé libère le détenteur de sa responsabilité civile, pour autant que lui-même ou que des personnes dont il est responsable n'aient pas commis de faute. Si la faute du lésé n'est que légère, le juge fixera l'indemnité « en tenant compte de toutes les circonstances ». La Loi fédérale du 28 mars 1905 sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, consacre, elle, la solution inverse, une faute concomitante légère suffit déjà à faire disparaître la responsabilité de l'entreprise (art. 1 al. 1), si elle constitue la cause prépondérante du dommage². Dans d'autres cas, la loi ne se prononce pas sur le rôle de la faute du lésé. A cette dernière catégorie appartiennent, notamment, les articles 55, 56 et 58 CO. Il convient donc, vu ce silence de la loi, de déterminer quelles sont les positions respectives de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question.

La première conclusion à tirer du silence des articles 55 et suivants CO est que la responsabilité qui s'y trouve instituée est régie à cet égard par l'article 44 CO, comme celle découlant d'un acte illicite. Ce point ne paraît faire l'objet d'aucune controverse. En effet, il est même admis que cette dernière disposition s'applique également aux actions en dommages-intérêts autres que celles fondées sur les articles 41 et suivants CO, pour autant qu'une réglementation spéciale ne leur ait pas été

¹ Voir également Loi sur les installations électriques, art. 27 al. 1.

² RO 75/II, p. 68; SJ 1949, p. 462.

réservée¹. A combien plus forte raison régira-t-elle une responsabilité incorporée dans le chapitre du CO relatif aux actes illicites.

Or l'article 44 CO, alinéa 1, a, rappelons-le, la teneur suivante :

« Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur. »

Ce texte accorde en premier lieu au juge un pouvoir d'appréciation étendu quant aux motifs de réduction. Les faits dont le lésé est responsable comprennent la faute concomitante, mais peuvent exister également dans d'autres circonstances que nous nous efforcerons de délimiter plus loin. En second lieu, la liberté du juge y est consacrée aussi en ce qui concerne le montant de la réduction à opérer sur l'indemnité demandée. Le tribunal peut, s'il l'estime équitable, ne pas tenir compte des faits dont la partie lésée est responsable ou, au contraire, leur attribuer une influence déterminante et débouter le demandeur.

§ 2. *La doctrine.*

Dans le cadre de la réglementation légale que nous venons de décrire, la doctrine s'est efforcée de tracer quelques lignes directrices.

I. Responsabilité pour faute et faute concomitante.

L'hypothèse la plus simple est celle où un responsable qui ne répond que de sa faute personnelle, et qui en a commis une, est en présence d'un lésé auquel une faute est également imputable. Le juge fixe l'indemnité en proportion des fautes commises de part et d'autre^{2, 3}. Cette évaluation dépendra uniquement des faits de la cause, de telle sorte qu'il est impossible de résoudre « en théorie » les problèmes qui se présenteront dans chaque espèce. Il convient toutefois de relever que, par souci d'équité, une différence devra être nettement marquée entre la faute intentionnelle et la négligence. Ce système est donc l'opposé de celui du droit romain dans lequel le juge cherchait laquelle des parties avait commis la faute prépondérante. Si c'était le défendeur, il devait la réparation intégrale du préjudice; dans le cas contraire, le lésé n'avait droit

¹ Fritz Häberlin: *Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadenersatzrecht*, p. 80; Oser: op. cit., Rem. n° 18 ad art. 44 CO; Oftringer, p. 201.

² Häberlin: op. cit., p. 74.

³ Guex: *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, p. 163.

à aucune indemnité. Si les fautes s'équivalaient, le dommage restait à la charge de celui qui l'avait subi. La situation était alors analogue à celle où une chose périt par cas fortuit (*casum sentit dominus*) ¹.

II. Responsabilité causale et faute concomitante.

A) Généralités.

La question se complique lorsque l'on aborde le domaine de la responsabilité causale. Le problème se présentera sous deux formes différentes. On peut envisager, en effet, d'une part la collision d'une responsabilité purement causale avec une faute concomitante ou, d'autre part, la rencontre d'une responsabilité causale sur laquelle vient se greffer une faute, avec une faute concomitante. La doctrine n'est pas unanime quant à la solution qu'il convient de donner à ce problème. Häberlin ² est d'avis que celui qui répond d'un dommage sans faute de sa part ne peut être cependant tenu de réparer celui que le lésé s'est causé par sa propre négligence. Il ne précise malheureusement pas si, d'après lui, une faute concomitante légère suffira ou si l'existence d'une faute grave est requise. L'exemple qu'il cite ne permet pas non plus de dégager sa pensée; la faute envisagée par lui peut, suivant les circonstances, être qualifiée de légère ou de grave. Par contre, Häberlin se trompe lorsqu'il déclare que cette rencontre éventuelle d'une responsabilité purement causale avec une faute du lésé ne pourra pratiquement pas se produire au sujet de l'article 56 CO. Il estime, en effet, que, en cas de faute concomitante du lésé, le détenteur d'animal pourra, dans la règle, faire la preuve libératoire qui lui est ouverte ³. Cette déclaration est trop optimiste; elle laisse d'abord de côté tous les cas où le détenteur ne pourra apporter la preuve de sa diligence, sans toutefois que le lésé, fautif lui-même, puisse, d'autre part, établir une faute à sa charge.

Enfin que dire de l'éventualité où la garde de l'animal a été confiée à un gardien qualifié qui a négligé ses devoirs ?

Dans de pareilles circonstances, le détenteur n'est pas exonéré de sa responsabilité de principe, déclare le Tribunal fédéral ⁴. C'est lorsque de semblables situations se présentent qu'apparaît le caractère *objectif* de la responsabilité édictée par l'article 56 CO. Notre conclusion est qu'Häberlin n'a pas résolu la question parce qu'il ne l'avait pas posée avec suffisamment de précision. Même au sujet du propriétaire d'ouvrage,

¹ Häberlin: op. cit., p. 74.

² Op. cit., p. 80.

³ Op. cit., p. 81.

⁴ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

dont la responsabilité existe indiscutablement sans qu'une faute soit nécessaire, il ne s'exprime pas clairement et déclare simplement que le lésé ne peut obtenir réparation du dommage causé par sa propre négligence ¹. Cette affirmation ne nous renseigne guère; en effet, la négligence peut être aussi bien légère que grave. Oser et Becker ² sont muets sur ce point. Von Tuhr ³ relève que la faute du lésé revêt une importance particulière lorsque la responsabilité du défendeur ne découle que d'un devoir de surveillance, car aucune faute d'autrui ne correspond à celle du lésé. Cette remarque indique que l'auteur estimerait équitable que, dans certaines circonstances, une faute légère justifiât la suppression de toute indemnité.

B) *La thèse d'Oftinger.*

Oftinger raisonne autrement que les auteurs précédents. Il faut, dit-il, déterminer la part qui revient à la faute concomitante dans l'ensemble des causes du dommage ⁴. Si celui auquel incombe une responsabilité objective a lui-même commis une faute, il sera tenu de réparer le dommage à deux titres différents: le risque et la faute; dans ce cas la faute imputable au lésé verra son importance réduite car le dommage sera dû à trois causes: le risque, la faute et la faute concomitante ⁵. Oftinger assimile à ce point la responsabilité causale à la responsabilité aquilienne qu'il fait jouer le même rôle à la faute concomitante, qu'elle s'oppose à la responsabilité aquilienne ou à une responsabilité causale. Il déclare, en effet: « Le comportement du lésé, en cas de responsabilité causale, a la même signification que dans la responsabilité aquilienne ⁶. » L'action ne devra être entièrement rejetée que si le comportement de la victime est tel qu'il en résulte une interruption du lien de causalité existant entre le risque assumé par le défendeur et le dommage ⁷. La faute doit pouvoir être considérée comme étant la cause unique du dommage ou être si prépondérante que le risque qui lui fait face devienne pratiquement sans objet ⁸. Oftinger conclut son argumentation en déclarant qu'il est sans importance pratique que la disposition légale instituant une responsabilité causale précise que l'exonération du défendeur n'interviendra qu'en cas de faute grave de la victime ou ne règle pas cette question ⁹. Cette mention de la faute grave n'a qu'une valeur indicative et ne fait que

¹ Op. cit., p. 80.

² Op. cit., Rem. 15 ad art. 56 CO.

³ Op. cit., p. 92-93.

⁴ p. 204.

⁵ p. 204.

⁶ p. 71.

⁷ p. 38.

⁸ RO 63/II, p. 119; SJ 1938, p. 143; JT 1937, p. 466.

⁹ p. 89.

souligner l'intensité que doit revêtir l'intervention du lésé pour entraîner la rupture du lien de causalité entre le risque et le dommage. La libération du responsable ne doit intervenir, dit Oftinger, que si le risque assumé apparaît comme n'étant pas en rapport de causalité adéquate avec le dommage¹.

C) *Critique du point de vue d'Oftinger.*

Ce raisonnement nous paraît difficilement conciliable avec les textes légaux applicables.

Ici une incursion dans le domaine des recours entre coresponsables nous paraît nécessaire. En effet, le problème de la répartition de la responsabilité entre le détenteur et le lésé est fondamentalement de même nature que celui de la répartition entre plusieurs personnes responsables lorsqu'il y a concours. Cette identité a déjà été relevée par Guex qui s'exprime à ce sujet comme suit :

« Le problème de la faute concurrente n'est qu'un aspect du cas plus général où plusieurs auteurs ont participé à la production du résultat; sa particularité consiste en ceci que l'un des auteurs est la victime elle-même. »²

Ainsi l'opinion que l'on professe sur le rôle respectif de la faute et du risque dans le domaine des recours doit nécessairement retentir sur celle que l'on défend en matière de faute concomitante.

Dès lors la théorie d'Oftinger sur la faute concomitante vient se heurter à l'article 51 CO qui règle les recours entre responsables à divers titres : acte illicite, contrat ou loi.

Il y est disposé, qu'en principe, le dommage doit être supporté par l'auteur de l'acte illicite, celui qui en répond en vertu de la loi ne devant le prendre à sa charge qu'à défaut de tout autre obligé délictuel ou contractuel. Cette situation est encore renforcée, en ce qui concerne l'article 56 CO, par l'alinéa 2 de cette disposition même, qui spécifie expressément : « le recours du détenteur demeure réservé si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui ». Nous laisserons pour le moment de côté la question de savoir si l'alinéa 2 de l'article 56 CO fait double emploi avec l'article 51 CO, problème que nous étudierons dans la section *recours* du présent chapitre. Ce que nous désirons souligner maintenant, c'est l'intention bien arrêtée du législateur d'améliorer, dans la mesure du possible, la situation de celui qui répond d'un dommage en vertu de la loi. Le lésé peut l'attaquer seul sans se préoccuper des autres coresponsables éventuels, mais le

¹ p. 89.

² Op. cit., p. 160.

dommage ne demeurera définitivement à sa charge que s'il n'existe aucune autre personne pouvant être tenue de le supporter en vertu d'un contrat ou de son acte illicite.

Cette volonté a été très nettement exprimée lors des débats au Conseil national relatifs à la revision du CO. Eugène Huber expose en particulier qu'il avait été question d'introduire dans le code un nouvel article réglant de façon générale la responsabilité causale qui aurait ainsi existé parallèlement à la responsabilité aquilienne. Cette innovation a été rejetée, de telle sorte que la faute subjective demeure le fondement essentiel de notre système de responsabilité civile, la responsabilité objective ne constituant qu'une exception ¹. Cette dernière est fondée sur des préoccupations sociales; la victime, censée être plus faible économiquement que le responsable éventuel, ne doit pas échouer dans sa tentative d'être indemnisée simplement parce que la preuve d'un acte illicite est souvent difficile à faire. Cette idée se trouve très nettement soulignée dans un amendement à l'article 58 CO présenté par le député Muri, texte spécifiant que si le lésé possédait une autre action en dommages-intérêts, le propriétaire de l'ouvrage n'était pas tenu du dommage ². Pour accueillir l'idée que le responsable en vertu de la simple causalité ne devrait pas supporter le dommage quand il existe un tiers tenu de réparer le même dommage pour une autre cause, sans pour cela faire brèche dans la responsabilité causale elle-même, Huber présenta le texte du futur article 51 CO. Il n'y a pas besoin, à notre avis, d'autre démonstration pour établir qu'en concours avec un responsable selon la loi, celui qui a commis un acte illicite, une faute même légère, devra prendre à sa charge, en principe, la totalité du dommage pour lequel le lésé a droit à être indemnisé. Cette opinion est du reste celle de la majorité des auteurs. Ainsi, par exemple, Schazmann déclare expressément que :

« Lorsque plusieurs codébiteurs d'un même dommage appartiennent aux diverses catégories de l'article 51 alinéa 2 CO, dans les cas simples où rien ne s'y oppose, il faut appliquer purement et simplement les règles indiquées par le législateur. » ³

Von Tuhr va encore plus loin et déclare que même si le porteur de la responsabilité causale a commis une faute, il aura un recours total contre l'auteur de l'acte illicite dont la faute sera considérée comme plus grave ⁴.

¹ Bull. stén. Conseil national 1909, p. 492 ss; Brühlmann: *Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht*, p. 108.

² Bull. stén. Conseil national 1909, p. 501.

³ *La responsabilité plurale en matière d'actes illicites*, p. 102.

⁴ Op. cit., p. 367.

Oser, tout en combattant le point de vue de von Tuhr en ce qui concerne le responsable en vertu de la loi qui a commis également une faute, admet implicitement, en l'absence de cette dernière, un recours total ¹.

Oftinger adopte une position plus nuancée que les auteurs dont il vient d'être question. Ainsi que nous venons de le voir à propos de la faute concomitante, il minimise l'importance de cette dernière par rapport au risque de base de la responsabilité causale. Il doit logiquement adopter une attitude semblable en matière de recours, quoique sur ce terrain il se heurte au texte clair de l'article 51 CO. Au sujet des recours, Oftinger part de la distinction fondamentale opérée par lui entre les responsabilités à base de risque et les responsabilités causales ordinaires. Pour ces dernières, dont le caractère objectif est moins prononcé, il admet l'application intégrale de l'article 51 CO, c'est-à-dire qu'en cas de concours d'une responsabilité causale ordinaire sans faute supplémentaire avec une responsabilité pour faute, le fautif devra supporter le dommage ². Nous noterons en passant que cette solution est différente de celle qu'il préconise à propos de la faute concomitante alors qu'il s'agit en réalité exactement du même problème. En ce qui concerne les responsabilités fondées sur le risque, Oftinger s'oppose à une application « mécanique » de l'article 51 CO ³, car elle est de nouveau contraire à l'idée qu'il défend, que la faute et le risque sont deux causes qu'il y a lieu de mettre sur le même pied lors de la réparation du dommage. Ses affirmations nous paraissent au surplus contradictoires. Il déclare d'abord que conformément aux principes énoncés par lui, le responsable en raison du risque devra conserver à sa charge une part du dommage qui, précise-t-il, sera en général plutôt petite ⁴. Il poursuit ensuite en prétendant que les parts des intéressés seront fixées d'après l'importance de la faute, respectivement du risque ⁴. Cette affirmation contredit la précédente qui, elle, tenait compte de la nature différente des causes : faute ou risque pour réduire les prestations du responsable en raison du risque. Oftinger revient donc dans sa dernière phrase à son postulat selon lequel faute et risque sont deux causes différentes, mais de même valeur. Or rien n'est plus contraire à cette idée que l'article 51 CO.

Becker partage en une certaine mesure l'opinion d'Oftinger en déclarant que la faute n'est pas le seul élément à considérer en matière de recours ⁵. Il envisage en particulier que si la faute est légère et le

¹ Op. cit., Rem. 9 ad art. 51 CO.

² p. 269, lit. g).

³ p. 268, lit. d).

⁴ p. 269.

⁵ Op. cit., Rem. 4 ad art. 51 CO.

risque considérable, le responsable causal devra conserver à sa charge une part importante du dommage ¹.

Nous relèverons pour conclure que la question nous paraît simple : ou bien l'on admet l'ordre des recours tel qu'il est institué par l'article 51 CO, sous réserve de certaines dérogations, ou bien on le rejette. Si l'on adoptait la thèse d'Oftinger, l'application intégrale du principe énoncé par ce texte serait, en ce qui concerne les responsabilités fondées sur le risque, l'exception, et le contraire la règle. Le sujet d'une telle responsabilité devrait conserver en définitive à sa charge la part du dommage afférente au risque qu'il représente. Dans des cas peu nombreux, lorsque la faute serait particulièrement manifeste et le risque minime, on envisagerait, peut-être, une libération totale. Ce point de vue est soutenable en théorie, mais il ne faut pas prétendre qu'il est conciliable avec l'article 51 CO. Si besoin est, les raisons qui ont motivé son introduction dans le code, telles qu'elles ressortent des travaux préparatoires et singulièrement des débats au Conseil national, en constituent une seconde preuve tout aussi décisive que le texte lui-même. En réalité, l'article 51 CO est d'essence purement délictuelle et vise à établir la primauté de la responsabilité délictuelle sur toutes les autres causes de dommage.

D) *Conclusion.*

Le résultat de ce rapprochement entre la faute concomitante et le recours est que si l'on admet qu'en invoquant l'article 51 CO, le sujet de la responsabilité causale a droit à un recours total contre celui qui a commis une faute légère, le lésé, lorsque c'est à lui qu'incombe ladite faute, devra être débouté de sa demande d'indemnité. Il ne s'agit là évidemment que d'une règle générale. Les articles 43 et 44 alinéa 2 CO permettent d'y apporter des tempéraments, aussi bien que l'article 51 CO en matière de recours. Ce qui demeure certain, c'est que si un dommage est imputable à un responsable causal et à l'auteur d'une faute, le fait que ce dernier est, par hasard, le lésé lui-même ne doit rien changer quant à la question de savoir qui devra, en dernier lieu, supporter le dommage.

§ 3. *La jurisprudence en matière de faute concomitante.*

Les tribunaux ne paraissent pas avoir abordé le problème de la faute concomitante, du moins en ce qui concerne l'article 56 CO, sous son aspect théorique. Ils n'ont dans aucun arrêt déclaré qu'une faute légère

¹ Op. cit., Rem. 4 ad art. 51 CO.

du lésé suffisait à entraîner son déboutement ou qu'au contraire seule une faute grave pouvait justifier une telle décision. Ils se sont bornés à examiner dans chaque litige si, à leur avis, la preuve libératoire était faite et si, d'autre part, le comportement du lésé excluait en tout ou partie l'octroi d'une indemnité en réparation du dommage subi. Ainsi, dans l'arrêt Kretz contre Schiess¹, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a admis une responsabilité de principe du détenteur, mais a opéré une réduction de 60 % en raison de la faute imputable au lésé, proportion maintenue par le Tribunal fédéral. Il nous paraît donc vain de chercher dans la jurisprudence des arguments à l'appui du point de vue énoncé par Oftinger ou, au contraire, en faveur de la thèse que nous défendons. Cela nous conduirait à extraire des textes autre chose que ce que leurs auteurs ont voulu y exprimer. Il serait également fastidieux d'établir une liste des cas tranchés par le Tribunal fédéral dans lesquels se posait la question de la faute du lésé en indiquant si et dans quelle mesure cette faute a été retenue. Il s'agirait, en effet, soit d'une sèche énumération de décisions, soit d'un résumé d'arrêts qu'il serait encore nécessaire de commenter. La première méthode ne présenterait aucun intérêt pratique si ce n'est de permettre de retrouver rapidement une série de prononcés judiciaires. Or ce travail a déjà été fait, et avec une minutie que nous ne pourrions égaler, par Oftinger. Son ouvrage nous épargne donc un labeur astreignant et dont les résultats ne pourraient être qu'incomplets. Quant à la seconde possibilité, sa réalisation dépasserait largement le cadre de la présente étude.

Section II

LE RISQUE CONCURRENT

§ 1. *Le risque concurrent en général.*

I. *Similitude entre le risque concurrent et la faute concomitante.*

Ce problème présente une grande similitude avec la question qui vient d'être examinée. Dans l'un et l'autre cas, l'analyse des faits ayant entraîné la survenance du dommage conduit à la conclusion que ce dernier a deux causes, adéquates l'une comme l'autre, alors que dans le rapport

¹ RO 64/II, p. 373; JT 1939, p. 203; SJ 1939, p. 559.

de causalité adéquate simple la cause est unique. Dans le cas de la faute concomitante, nous trouvons comme faits causals le risque de l'article 56 CO et une faute du lésé. Lorsqu'il s'agit de risque concurrent, on voit apparaître à côté du risque de l'article 56 CO un second risque, causal également. Ainsi, par exemple, un chien s'élance contre une automobile, le conducteur donne un coup de volant et renverse un cycliste qui vient en sens inverse. Ce cas est relativement simple, mais il est possible d'imaginer les combinaisons les plus variées entre les diverses dispositions créant des responsabilités causales. Dans de pareilles circonstances, il y aura lieu, après indemnisation du lésé, de répartir le dommage entre les divers responsables. Supposons maintenant que l'un des auteurs du dommage soit la victime elle-même. Le rapport entre responsable et lésé sera évidemment parallèle à celui existant entre le responsable pour faute et la victime à laquelle une faute concomitante est imputable. Le lésé devra supporter la part du dommage attribuable au risque dont il a la charge, il y a *compensation des risques*.

II. *Le principe de la compensation des risques.*

Le juge, lorsqu'il applique cette règle, devra comparer l'un à l'autre les deux risques en présence et déterminer leur importance respective. Certains auteurs ont, il est vrai, tenté de soutenir, sur le plan spécial de la Loi fédérale sur la circulation, que lorsque aucun des détenteurs n'est en faute, le détenteur lésé peut exiger de l'autre la réparation de tout le dommage corporel qu'il a subi. Tel est, en particulier, l'avis de Jaeger¹. Cette opinion n'a toutefois pas prévalu devant les tribunaux et a été expressément rejetée². Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral, se référant à Becker³, souligne que la règle inscrite à l'article 44 CO, c'est-à-dire la réduction des dommages-intérêts lorsque des faits dont le lésé répond ont contribué à créer le dommage ou à l'augmenter, émane d'un principe fondamental qui dépasse le domaine du Code des obligations. Il y a donc lieu de l'appliquer lorsqu'un détenteur de véhicule automobile cause un dommage corporel à un autre détenteur. D'autres arrêts⁴ sont venus par la suite confirmer la décision initiale et ont appliqué le principe consacré par l'article 44 CO dans des cas où étaient en cause d'autres normes de responsabilité causale que celles de la Loi fédérale sur la circulation⁵. La jurisprudence en la matière paraît, dès lors, très bien

¹ *Revue suisse de jurisprudence* 35, p. 2.

² RO 64/II, p. 436; SJ 1939, p. 510; JT 1939, p. 459.

³ Op. cit., Rem. n° 7 ad art. 44 CO.

⁴ RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 450.

⁵ RO 67/II, p. 183; SJ 1942, p. 398; JT 1942, p. 53; JT 1942, p. 467.

assise, d'autant plus qu'elle a rencontré également l'assentiment de la doctrine ¹. Il convient en passant de remarquer que cet appel à la notion de la prise en charge par le lésé de la part du dommage afférente au risque qu'il représente, n'est devenue nécessaire que parce que le Tribunal fédéral a décidé que la réparation du dommage corporel causé par un détenteur à un autre détenteur devait être réglée d'après l'article 37 et non d'après l'article 38 LFC. Cette solution peut être contestée; nous reviendrons sur ce sujet dans nos conclusions.

III. *Evaluation des risques en présence.*

Si l'on considère comme acquise à la discussion cette idée de la compensation à due concurrence des risques en présence, il convient de se demander comment, pour cette opération, devront s'évaluer les risques intéressés.

A) *La jurisprudence du Tribunal fédéral.*

Il serait concevable de partir d'une appréciation théorique, valable dans tous les cas, et qui serait basée soit sur le danger que représente tel type de véhicule à l'égard des tiers en général, soit sur celui qu'il constitue pour le genre précis de véhicule avec lequel la collision est survenue. Ainsi, il serait admis, une fois pour toutes, si l'on choisissait la seconde possibilité, qu'une motocyclette constituerait pour une voiture automobile un danger évalué à 1/3 et pour un camion à 1/4 seulement. Le Tribunal fédéral a adopté une autre solution, un code d'estimation plus subtil. Dans l'arrêt *Schneider et Helvetia contre Liechti*, il part de la notion de causalité et énonce la règle que « conformément au principe selon lequel on doit en règle générale répondre de sa propre faute, il faudrait établir un principe analogue mettant à la charge du détenteur le dommage qu'il a causé lui-même et, en conséquence, déclarer que le détenteur lésé ne peut, en principe, réclamer la réparation du dommage dans la mesure où son véhicule a causé l'accident » ².

Cette idée est reprise par l'arrêt *Arth-Rigi-Bahn contre Rickenbach* ³ qui précise que pour déterminer la part de causalité afférente à chacun des modes de locomotion en question, il ne faut pas prendre en considération le risque en général, c'est-à-dire celui existant à l'égard des tiers, mais bien le risque réciproque, celui créé par l'un des modes de locomotion (motocyclette) pour l'autre (train).

¹ Oftinger, p. 237; von Tuhr/Siegmart, p. 100.

² JT 1939, p. 461; RO 64/II, p. 436; SJ 1939, p. 510.

³ RO 67/II, p. 183; SJ 1942, p. 398; JT 1942, p. 53 et 470.

Ce principe a été encore renforcé par l'arrêt *La Bâloise contre Vock* ¹ dans lequel le Tribunal fédéral envisage les différentes combinaisons théoriquement possibles entre des risques d'importance égale ou différente, avec ou sans faute, soit concurrente, soit concomitante. La jurisprudence instaurée par les décisions citées ci-dessus paraît stable, car elle a été confirmée par une série d'autres qui se réfèrent expressément au principe de la compensation des risques ².

Si l'on compare de plus près les trois arrêts que nous venons de commenter, l'on peut, nous semble-t-il, relever entre eux une certaine différence. L'arrêt *Schneider et Helvetia contre Liechti* ³ paraît mettre l'accent sur la part effective de chaque cause dans la production du dommage, tandis que les deux autres font usage d'une autre notion: l'importance générale du risque créé par un type de véhicule. Ainsi le Tribunal fédéral, dans l'arrêt *Schneider et Helvetia contre Liechti*, admet un partage à raison de 50 %, bien qu'il s'agisse de deux véhicules de types différents (moto contre auto), en déclarant que les dangers inhérents à l'emploi de ces deux véhicules ont causé l'accident dans des proportions semblables. Comme le relève Thilo, il faut un « concours de causes » ⁴. L'arrêt *Arth-Rigi-Bahn* cherche par contre à déterminer quel danger peut engendrer une motocyclette pour un train et inversement. Il est donc fondé sur une notion abstraite du risque réciproque ⁵. Le Tribunal fédéral conserve ce dernier critère du risque abstrait dans l'arrêt *La Bâloise contre Vock*, mais le mitige en déclarant qu'il est nécessaire que le risque prédominant soit la cause principale du dommage ⁶. Il semble donc que le partage du dommage doit s'opérer sur la base des risques réciproques abstraits, pour autant que ces risques se soient concrétisés dans une proportion semblable lors de la survenance dudit dommage. En d'autres termes, les deux aspects de la question dont les arrêts précédents soulignaient peut-être trop nettement l'un au détriment de l'autre, sont combinés comme ils doivent l'être pour que soient satisfaites à la fois l'exigence de tenir compte de l'importance respective des risques et celle posée par l'application du principe général de la causalité adéquate.

Nous relevons, pour être complet, que sur le terrain de la doctrine, *Oftringer*, dont le commentaire est antérieur aux arrêts *Arth-Rigi-Bahn* et *Vock*, admet comme l'arrêt *Schneider et Helvetia contre Liechti*, auquel il se réfère, qu'il y a lieu de partager le dommage entre les inté-

¹ RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 467.

² RO 69/II, p. 150; JT 1943, p. 444; SJ 1948, p. 164; RO 76/II, p. 229; 76/II, p. 321; 78/II, p. 465; JT 1953, p. 464, 470; RO 79/II, p. 212; JT 1953, p. 452.

³ JT 1939, p. 461.

⁴ JT 1953, p. 461.

⁵ RO 67/II, p. 187; JT 1942, p. 57.

⁶ RO 68/II, p. 121.

ressés dans une proportion identique à celle dans laquelle les risques qu'ils assument ont causé ledit dommage ¹.

La conséquence logique de cette combinaison de la causalité avec le risque est que le premier facteur pourra, suivant les circonstances, modifier le résultat auquel on aboutit, abstraitement, par la comparaison des risques. Si de deux risques égaux l'un doit être considéré comme la cause principale du dommage, la plus grosse part de ce dernier sera supportée par le responsable qui assume le risque qui a été le plus actif *in concreto* ².

B) *Théorie de Barde.*

Nous relevons au surplus que la suggestion a été faite de tenir compte du risque d'une autre manière lors de la répartition du dommage. Dans la méthode exposée jusqu'ici on évalue, par exemple, le risque créé par une motocyclette pour une autre motocyclette, une voiture automobile, un camion ou un chemin de fer. Il est possible aussi de partir de l'idée que lorsqu'on utilise un certain mode de locomotion, motocyclette, voiture, etc., on s'expose soi-même à un certain péril et qu'en cas d'accident on ne pourrait, suivant les circonstances, pas réclamer aux tiers la part de dommage afférente à ce danger que l'on a affronté volontairement. Ce qui entrerait, dès lors, en ligne de compte ne serait pas le risque *objectif*, créé à l'égard des tiers, mais bien le risque *subjectif*, c'est-à-dire celui auquel l'on serait censé avoir admis de s'exposer. Cette remarque a été émise par Edouard Barde dans une note publiée dans la *Semaine Judiciaire* ³. L'auteur estime que certains considérants de l'arrêt *La Bâloise contre Vock* ⁴ seraient en faveur de la prise en considération du risque subjectif. Nous pensons, en ce qui nous concerne, que si l'observation servant de point de départ à ce raisonnement est exacte, à savoir que lorsqu'on exerce telle ou telle activité l'on s'expose à certains dangers, cette notion n'a rien de commun avec le risque, fondement de la responsabilité causale. Les juristes ont fait appel à cette dernière notion pour justifier la création, dans certaines circonstances spéciales, d'une responsabilité plus rigoureuse que celle fondée sur l'acte illicite. Le risque n'existe donc, de par son essence même, qu'à l'égard des tiers. Il nous paraît donc erroné de vouloir lui donner un aspect subjectif comme Barde l'envisage. Ce que l'auteur a en réalité soulevé, c'est le problème de l'acceptation du risque, autre cause de réduction des dommages-intérêts, mais il s'agit là d'une question qui touche tout le

¹ p. 237.

² Otfinger, p. 237.

³ SJ 1942, p. 589.

⁴ RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 467.

domaine de la responsabilité qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, et qui ne constitue pas un des aspects spécifiques de la responsabilité causale.

Les deux concepts du risque de l'acceptation du risque sont tellement différents l'un de l'autre que les résultats qu'entraîne leur application peuvent être exactement inverses. Prenons le cas d'une collision motocyclette contre camion. Si l'on part de l'acceptation du risque, on arrivera logiquement à la conclusion que le motocycliste devra conserver à sa charge la plus grande part, pour ne pas dire la totalité, de son dommage. En effet, comme le relève Barde, la motocyclette fait courir à son conducteur un risque important en raison de la vitesse et du manque de protection. Le camion, au contraire, n'entraîne pas grand risque pour le chauffeur. Par conséquent, si ce dernier est blessé lors d'une collision avec un motocycliste, il devra être entièrement indemnisé du dommage qu'il subit. Or, le Tribunal fédéral ne s'est manifestement pas inspiré de cette idée de l'acceptation du risque dans l'arrêt La Bâloise contre Vock, puisqu'il déclare nettement que dans le cas en question le risque le plus considérable se trouve du côté de l'automobiliste, non du côté du motocycliste¹. Si les déductions de Barde étaient exactes, le Tribunal fédéral aurait dû arriver à la conclusion inverse. La distinction entre risque *subjectif* et risque *objectif* nous paraît donc reposer sur une confusion entre deux notions étrangères l'une à l'autre, celle d'*acceptation du risque* et celle de *risque créé pour les tiers par une activité*. Cette dernière seule entre en considération pour résoudre des litiges dans le genre de ceux que nous avons étudiés.

Nous précisons en terminant, pour éviter toute équivoque, que les décisions qui viennent d'être examinées tranchaient des réclamations relatives à des lésions corporelles. En effet, l'article 39 LFC prévoit que la réparation des dommages matériels causés par un détenteur à un autre détenteur se règle d'après le Code des obligations, c'est-à-dire sur la base des fautes respectives de chacune des parties.

§ 2. *Application de la théorie du risque concurrent dans le cadre de l'article 56 CO.*

I. *Nécessité d'appliquer le principe de la compensation des risques sur le terrain de l'article 56 CO.*

Si nous nous sommes cru autorisé à citer et à commenter aussi largement une jurisprudence relative à la LFC, c'est parce que, d'une part,

¹ RO 67/II, p. 187; SJ 1942, p. 398; JT 1942, p. 53 et 470.

le problème étudié se présente de façon semblable sur le terrain de l'article 56 CO et que, d'autre part, dans ce domaine particulier, il ne paraît pas avoir fait l'objet d'une étude aussi approfondie. On ne peut en tirer la conclusion que la question serait dépourvue d'intérêt pratique. Il faudrait pour cela prétendre que les cas dans lesquels un animal endommage une chose qui fait l'objet d'une responsabilité causale ou blesse une personne assujettie à ladite responsabilité sont très rares, pour ne pas dire inexistantes. Or la réalité est tout autre, il suffit de penser aux nombreux accidents entraînés par la collision d'un véhicule automobile avec un animal pour être persuadé du contraire. Il est incontestable enfin que la règle de la compensation des risques telle que l'a émise le Tribunal fédéral est également valable pour le détenteur d'animal. Comme le relève l'arrêt *Schneider et Helvetia contre Liechti*¹, il s'agit d'un principe de portée générale tiré de l'article 44 CO. S'il a son rôle à jouer sur le terrain des lois spéciales, à combien plus forte raison convient-il de l'appliquer aux responsabilités causales instituées par le chapitre II du CO, auquel l'article 44 est incorporé! La doctrine la plus récente, notamment Oftinger, considère la chose comme allant de soi. Ainsi, cet auteur étudie-t-il ce problème dans la partie générale de son commentaire², ce qui signifie que la règle de la compensation s'étend aux diverses sortes de responsabilités causales examinées séparément dans la partie spéciale de son ouvrage. Il relève au surplus qu'il s'agit là d'une question d'ordre général à laquelle une solution de même nature doit être proposée³.

II. *Comment réaliser cette compensation.*

A) *Généralités.*

Après avoir démontré la nécessité d'appliquer sur le terrain de l'article 56 CO le principe de la compensation des risques, il convient de se demander si cette opération est réalisable pratiquement. Il nous semble qu'une réponse affirmative s'impose. En effet, s'il ne faut pas se dissimuler que parfois les évaluations de risques sont délicates, on ne voit pas de quel droit le juge pourrait s'y soustraire, puisqu'il les a admises expressément en ce qui concerne la LFC. Or il n'est nullement certain que l'application de cette loi soit, suivant les circonstances, plus aisée que celle de l'article 56 CO. Tant qu'il n'y a que collision de risques semblables aucune difficulté ne surgit. Tel était le cas, par exemple, dans le procès

¹ RO 64/II, p. 438; SJ 1939, p. 510; JT 1939, p. 460.

² p. 235 ss.

³ p. 236.

Steigmeier contre Torlasco¹, où il s'agissait de la rencontre de deux automobiles. Une légère complication apparaît lorsque sont en cause deux véhicules à moteur de types différents: camion contre voiture ou voiture contre motocyclette². L'arrêt Arth-Rigi-Bahn contre Rickenbach³ marque une étape de plus; dans ce cas, en effet, un motocycliste était entré en collision avec un train à un passage à niveau non signalé. Il n'y a plus deux véhicules à moteur en présence, mais il s'agit encore de deux modes de transport: un certain point commun subsiste donc entre ces deux risques. On peut cependant aller plus loin et imaginer un conflit entre deux dangers de nature essentiellement différente. Le Tribunal de Première Instance de Genève a ainsi eu à trancher un litige opposant le détenteur d'un camion à un entrepreneur propriétaire d'un échafaudage. Circulant dans une rue étroite, le camion accrocha l'échafaudage au passage et ce dernier, en s'écroulant, endommagea le véhicule à moteur. Dans de pareilles circonstances, la répartition des responsabilités suivant les risques en présence semble presque impossible. On ne peut comparer, en effet, que des choses semblables. Or il n'y a aucun rapport quelconque entre le danger créé par l'emploi d'un camion et celui inhérent à l'existence d'un échafaudage. Comme au surplus, il faut déterminer le risque créé par l'un pour l'autre, on doit arriver à dire que l'échafaudage est plus dangereux pour le camion ou l'inverse, ou encore prétendre que les deux risques s'équivalent. C'est là, à notre avis, la plus sérieuse critique que l'on peut élever contre la théorie de la compensation des risques. On ne voit malheureusement pas un autre et meilleur moyen de tenir compte de la concurrence de deux risques.

B) *Cas particuliers.*

Nous ne pensons pas que les combinaisons que l'on peut envisager, à propos de l'article 56 CO, soient plus compliquées que le cas décrit ci-dessus. L'on doit trouver, par ordre de difficulté grandissante, d'abord :

a) le dommage que se causent entre eux des animaux, qui est le parallèle des cas auto contre auto, auto contre moto, auto contre camion, que l'on rencontre sur le terrain de la LFC. Ici la situation est simple, le danger que constitue un animal pour l'autre étant facile à apprécier. Par exemple, s'il s'agit d'une bagarre entre chiens, la race et le volume des combattants fourniront déjà des éléments permettant une appréciation

¹ SJ 1948, p. 164.

² La Bâloise c/Vock, RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 467.

³ RO 67/II, p. 183; SJ 1942, p. 398; JT 1942, p. 53 et 470.

tant soit peu précise. Cela sous réserve, bien entendu, de corriger ces données de base si l'un des adversaires est doté d'une agressivité dépassant la moyenne de sa race.

b) Une deuxième catégorie comprendra les cas de collision entre le risque prévu à l'article 56 CO et celui réglé par la LFC. C'est, que l'on nous pardonne les termes, « la rubrique des chiens écrasés ». Relevons toutefois que les chiens ne sont pas les seuls à jouer le rôle de perturbateurs de la circulation. Le bétail et les attelages sont fréquemment la cause d'accidents. Là encore, il ne semble pas devoir surgir de difficulté majeure. La nature de l'animal et du véhicule permettent de se faire une idée assez précise des dangers qu'ils constituent l'un pour l'autre. Un chien sera, par exemple, beaucoup plus à craindre par un motocycliste que par le conducteur d'une voiture. Pour un camion il ne crée qu'un danger relativement négligeable.

C'est très probablement sur ce terrain que le Tribunal fédéral sera à même de se prononcer quant à l'application de la théorie de la compensation des risques entre la responsabilité de l'article 56 CO et une autre disposition créant une responsabilité causale. Il est intéressant à ce propos de signaler le jugement rendu par la Cour civile du Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause Barbezat contre Barbay. Il s'agissait en l'espèce d'une collision entre une automobile et une vache. Le Tribunal cantonal appliqua dans son jugement la théorie de la compensation des risques. Saisi par la voie d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral déclara le détenteur d'animal entièrement responsable de la collision en raison d'une faute personnelle commise par lui. A cette occasion, il se prononce comme suit quant à une application éventuelle du principe de la compensation des risques :

« En l'espèce, toutefois, le défendeur répond en définitive, non en vertu de l'article 56 ou de l'article 55 CO, mais en raison de sa faute. Il s'agirait donc d'un cas de concours entre la responsabilité du détenteur d'un véhicule automobile et la responsabilité aquilienne. Mais il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les principes applicables à ce cas-là, pas plus qu'au cas de concours entre une responsabilité à raison du risque créé (Gefährdungshaftung) et une responsabilité causale ordinaire, car même si on appliquait par analogie l'article 39 LFC, on arriverait aussi, comme en suivant les seules règles du droit commun, à déclarer le défendeur entièrement responsable des suites de la collision. » ¹

Ce considérant nous semble traduire pas mal d'hésitation et surtout le désir de ne pas se prononcer sur une question qu'il n'est pas indispensable de résoudre pour trancher le cas particulier.

¹ SJ 1951, p. 377.

Une attitude analogue à celle du Tribunal fédéral est adoptée par Thilo¹ qui, après avoir rappelé les principaux arrêts rendus en matière de collision de véhicules automobiles, arrive à la conclusion que cette jurisprudence « ne doit pas s'appliquer directement à d'autres responsabilités concurrentes, à la rencontre d'un véhicule automobile et d'un chien, par exemple »¹. Il termine en déclarant prudemment qu'il ne faut en retenir « que ce qui peut, tout bien considéré, s'appliquer aussi dans ce cas »².

Une position aussi ambiguë nous paraît indéfendable. On ne peut admettre la compensation des risques entre deux véhicules à moteur, voire même entre un véhicule à moteur et un train, et la rejeter dans d'autres domaines. Logiquement il faut ou bien admettre, comme Oftinger, une application générale de ce principe³ ou le rejeter également en ce qui concerne les collisions de véhicules automobiles.

Thilo enfin nous paraît raisonner de façon erronée lorsqu'il relève « qu'un partage peut avoir la curieuse conséquence de faire supporter au conducteur un dommage corporel (s'il est blessé) alors qu'il ne peut causer, en blessant le chien, qu'un dommage assimilé au dommage matériel »⁴.

Il sous-entend, en argumentant de la sorte, que l'application de la théorie de la compensation des risques est subordonnée à l'existence de deux dommages de même nature subis par chacun des intéressés. Une telle considération nous paraît étrangère au problème étudié. Dans aucun des arrêts où il a appliqué la règle de la compensation des risques à l'un des intéressés, le Tribunal fédéral ne s'est demandé si l'autre avait subi des lésions corporelles. A entendre Thilo, dans le cas *Arth-Rigi-Bahn* contre *Rickenbach*, il aurait fallu préalablement se demander si la motocyclette était ou non susceptible de faire dérailler le train, seul moyen de blesser les occupants, avant d'admettre un partage d'après la proportion des risques.

Pour conclure sur ce point, nous répéterons que nous ne voyons aucune autre solution logique que d'admettre, comme Oftinger, le principe de la compensation des risques pour tous les cas où deux responsabilités objectives sont en cause. Les modalités d'application pratique seront certainement, suivant les cas, difficiles à trouver. Il n'en demeure pas moins qu'au point de vue de la logique et de l'équité, c'est la seule solution qui puisse donner satisfaction.

¹ JT 1953, p. 460 ss.

² JT 1953, p. 462.

³ p. 242.

⁴ JT 1953, p. 464.

c) Une dernière classe contiendra les cas particulièrement ardu dans le genre de la collision camion contre ouvrage. Il n'est, en effet, pas exclu qu'un animal puisse, dans des circonstances extraordinaires, jouer le rôle du camion et causer la chute d'un ouvrage ou l'endommager. Dans une pareille situation, la compensation des risques revêtira, nous le déplorons, un aspect assez artificiel. Nous ne voyons toutefois pas par quel moyen cet écueil pourrait être évité.

Il est impossible d'énumérer tous les cas dans lesquels la concurrence de l'article 56 CO avec la responsabilité objective créée par une autre norme donnera lieu à l'application de la théorie de la compensation des risques.

Quid en particulier de la rencontre entre les responsabilités des articles 56 et 54 CO ou 56 CO et 333 CCS? Dans cette dernière éventualité, il y aura lieu de mentionner que la nature de la responsabilité du chef de famille est controversée. Certains auteurs ¹ considèrent qu'il s'agit d'une responsabilité causale, tandis que le Tribunal fédéral déclare que le chef de famille ne répond que de sa faute personnelle ².

§ 3. *Risque concurrent et faute.*

I. *Généralités.*

Dans l'arrêt de principe La Bâloise contre Vock ³, le Tribunal fédéral a également étudié ce problème. Il distingue les trois éventualités suivantes :

a) *La faute n'est imputable qu'au détenteur lésé.*

Suivant qu'elle est lourde ou non, le détenteur qui a causé le dommage sera libéré totalement ou partiellement de sa responsabilité (art. 37 al. 2 LFC). La faute grave du lésé prime le facteur du *risque*. Lorsque la faute est légère, le risque doit être considéré. Si les risques sont à peu près égaux, la faute l'emporte et le lésé sera débouté. Lorsque le risque incombant à l'auteur du dommage dépasse manifestement celui dont le lésé a la charge, le juge statue en tenant compte de toutes les circonstances.

¹ Oftinger, p. 601 et auteurs cités par lui: p. 19, note 35.

² RO 70/II, p. 136; SJ 1945, p. 102.

³ RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 469.

b) *La faute n'est imputable qu'au détenteur du véhicule qui a causé le dommage.*

La faute grave exclut le facteur du risque plus grand que représente le véhicule du lésé non coupable. Le défendeur doit réparer tout le dommage. Si le défendeur, en plus d'une faute légère, assume le risque le plus considérable, le juge pourra le condamner à réparer tout le dommage.

c) *Les deux détenteurs sont en faute.*

Le juge statuera en tenant compte de toutes les circonstances.

Sur le terrain de l'article 56 CO, on retrouve les trois hypothèses formulées par le Tribunal fédéral en matière d'accidents de véhicules à moteur. On n'arrivera toutefois pas nécessairement à des solutions identiques. Ces différences auront leur source dans le fait que la LFC précise expressément le rôle dévolu à la faute légère. L'article 37 alinéa 2 LFC dispose, en effet, que si la faute imputable au lésé est légère, le juge fixera l'indemnité en tenant compte de toutes les circonstances. Cela signifie qu'en cas de faute légère il n'aura pas le droit de refuser tous dommages-intérêts, il ne pourra que les réduire¹. Or aucune règle de ce genre n'existe en ce qui concerne l'article 56 CO. Nous soutenons à ce sujet le point de vue (voir supra p. 141) que la faute légère du lésé suffit à dégager le détenteur d'animal de sa responsabilité causale. Si l'on reprend, en tenant compte de cette modification, les trois éventualités envisagées par le Tribunal fédéral, on arrive aux résultats qui suivent :

II. *La faute n'est imputable qu'au lésé.*

La distinction opérée entre faute légère ou grave disparaît, car elle n'a plus sa raison d'être. La faute, qu'elle soit grave ou légère, suffit à entraîner le déboutement du lésé si le détenteur d'animal n'a lui-même commis aucune faute.

III. *La faute n'est imputable qu'au détenteur d'animal.*

Dans ce cas, aucune discussion n'est non plus possible. Le lésé a droit à la réparation totale de son dommage quelle que soit l'importance du risque qu'il crée de son côté.

Plus délicate est la question du dommage subi par le détenteur lui-même. En principe, celui qui doit indemniser totalement sa partie adverse

¹ Bussy: op. cit., Rem. 18 ad art. 37 LFC.

n'a lui-même droit à aucune réparation. Mais qu'arrive-t-il dans le cas d'une collision entre le risque prévu par l'article 56 CO et celui réglé par une loi spéciale précisant que le juge accordera une indemnité partielle en cas de faute légère du lésé ? Ainsi, un piéton croyant avoir le temps de passer devant une automobile traverse la chaussée, tenant son chien en laisse. Malheureusement l'animal s'arrête soudain, lui-même et son maître sont accrochés par le véhicule dont le conducteur n'a pu les éviter en raison de ce brusque changement d'allure. La faute du détenteur du chien est indiscutable: il n'aurait pas dû s'engager sur la chaussée sans disposer d'une marge de temps suffisante pour parer aux mouvements imprévus de son chien. On ne peut prétendre cependant qu'il s'agit d'une faute grave. On tombe alors dans l'hypothèse émise par le Tribunal fédéral dans l'arrêt La Bâloise contre Vock (hyp. a) page 152). L'article 37 alinéa 2 LFC n'excluant pas, en principe, toute indemnité, le risque doit être considéré. Si les risques sont à peu près égaux, la faute l'emporte, le détenteur d'animal sera débouté. Si le risque de sa partie adverse dépasse manifestement le sien, le juge statue en tenant compte de toutes les circonstances. Tout dépend donc en définitive de l'évaluation des risques réciproques incombant à chacun des détenteurs, détenteur d'animal et détenteur de véhicule automobile.

Le détenteur d'animal a ainsi le droit de réclamer une indemnité réduite au détenteur de l'automobile quand bien même il doit, en raison de la faute qu'il a commise, réparation totale du dommage subi par sa partie adverse, pour autant que son propre risque soit nettement inférieur à celui du détenteur de véhicule à moteur. Dans de pareilles circonstances, la faute légère du détenteur d'animal, tout en l'obligeant à réparer entièrement le préjudice qu'il a causé, ne lui enlève pas, en principe, tout droit à une indemnisation partielle pour son propre dommage. La solution quant à son dommage dépendra de la comparaison des risques. C'est ce que le Tribunal fédéral a, comme nous venons de le relever, lui-même envisagé dans l'arrêt La Bâloise contre Vock.

Ces deux résultats, indemnisation totale du détenteur d'automobile et indemnisation partielle du détenteur d'animal, peuvent paraître contradictoires. Pour être absolument clair à ce propos, nous relèverons qu'ils sont commandés logiquement par le fait que nous considérons qu'en principe la faute, même légère, l'emporte sur le risque et oblige à réparer intégralement le dommage, sans tenir compte du risque. Ce principe ne peut toutefois être appliqué en ce qui concerne la LFC qui, à son article 37 alinéa 2, permet au juge, en cas de faute légère, d'accorder une indemnité partielle. Ainsi d'un côté la faute joue en plein et conduit à une indemnisation totale et de l'autre son action est paralysée partielle-

ment par l'article 37 alinéa 2 LFC, ce qui permet au détenteur d'animal d'obtenir la réparation d'une partie de son dommage.

IV. *Les deux intéressés sont en faute.*

« Le juge statuera en tenant compte de toutes les circonstances », telle est l'opinion exprimée par l'arrêt La Bâloise contre Vock ¹ à propos de deux détenteurs de véhicules automobiles. En ce qui concerne l'article 56 CO, une distinction doit être opérée entre les responsabilités causales limitant l'importance attribuée à la faute légère (art. 37 alinéa 2 LFC) et celles qui ne le font pas. Dans le premier cas, il y a lieu d'appliquer le principe ci-dessus rappelé. Dans le second, on doit préciser que le juge statuera en tenant compte des fautes réciproques des parties. En effet, puisque nous soutenons qu'à défaut de disposition contraire, la faute exclut le risque, chacune des fautes prévaudra sur le risque dont répond la partie adverse, de telle sorte que, finalement, il n'y aura plus à apprécier que l'importance respective des deux fautes.

Cet examen nous démontre que lorsque le dommage est causé par la réalisation de plusieurs risques, la faute revêt une importance essentielle, puisque non seulement elle réduit l'importance attribuée au risque, mais encore, dans certaines circonstances, peut conduire à l'élimination totale de ce dernier. Tel est en particulier le cas lorsqu'une faute est imputable à chacune des deux parties et que les risques sont équivalents ¹. Le détenteur d'animal a donc un intérêt primordial, lorsqu'il est attaqué par un lésé soumis lui aussi à une responsabilité causale, à alléguer que s'il répond, en principe, du dommage, c'est uniquement en vertu de sa responsabilité causale, non d'une faute. Cette preuve sera plus ou moins facile à faire suivant les particularités du litige.

V. *Conclusions.*

Nous pouvons tirer de cet exposé sur le risque concurrent la conclusion que l'application de cette théorie a pour effet d'améliorer, en une sensible mesure, la position du détenteur. En effet, chaque fois que le lésé sera le sujet d'une responsabilité causale, le détenteur ne pourra être astreint à la réparation intégrale du dommage que si une faute, personnelle ou d'un préposé ², lui est imputable. La responsabilité pour la part du dommage correspondant au risque assumé par son adversaire se trou-

¹ RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 535; JT 1942, p. 469.

² Chardon c/Masserey et Amoos: RO 67/II, p. 26; SJ 1941, p. 335; JT 1941, p. 361.

vera soumise à l'article 41 CO et dépendra de la gravité respective des fautes. Ce résultat n'a rien de surprenant, il est l'aboutissement logique d'un système basé sur la compensation des risques telle que l'a admise le Tribunal fédéral. Sur le terrain même de la Loi fédérale sur la circulation, où cette théorie a été créée, la même conclusion s'impose. Contrairement à ce que pourrait laisser croire une interprétation littérale de l'article 39 LFC, la responsabilité des détenteurs de chacun des véhicules pour les lésions corporelles subies par l'autre ne se mesure pas comme s'il s'agissait d'un lésé qui n'a pas la qualité de détenteur.

Nous aurions aimé pouvoir citer, à l'appui des opinions qui viennent d'être émises, quelques décisions du Tribunal fédéral relatives à l'article 56 CO. Nous n'en avons malheureusement pas trouvé, à part l'arrêt Barbezat contre Barbay qui ne résout pas la question ¹. Cela ne signifie pas que notre point de vue soit erroné. Cette absence nous paraît plutôt provenir du fait que les arrêts examinant, à propos de la Loi fédérale sur la circulation, le problème posé par la concurrence des risques, sont relativement récents. Il y a lieu d'attendre que ces idées aient pénétré un peu avant dans la pratique juridique pour les voir appliquées dans d'autres domaines où elles ont un rôle à jouer. Des cas se présenteront certainement où les circonstances seront telles qu'ils ne pourront être résolus en faisant appel, uniquement, aux fautes respectives des intéressés ¹.

Nous venons d'exposer la théorie de la compensation des risques élaborée par le Tribunal fédéral et avons envisagé ensuite l'extension qu'il serait normal de lui donner, puisqu'elle est appliquée à certaines responsabilités causales, à d'autres responsabilités voisines. Il conviendrait toutefois de se demander si ce système élaboré en marge de la loi est compatible ou non avec cette dernière.

Nous renvoyons, pour l'examen de cette question, à nos conclusions, car il s'agit d'un problème général qui nous semble trouver malaisément sa place dans le présent chapitre.

¹ SJ 1951, p. 377.

LES RECOURS

Le problème des recours que le détenteur peut exercer, doit être étudié à la lumière de trois dispositions légales: l'article 56 CO lui-même, l'article 51 CO qui règle d'une façon générale les rapports internes de ceux qui répondent d'un même dommage à des titres différents (acte illicite, contrat ou loi), et enfin l'article 72 LCA qui concerne le recours de l'assureur.

§ 1. *Le recours du détenteur selon l'article 56 CO.*

L'alinéa 2 de l'article 56 CO dispose :

« Le recours du détenteur demeure réservé si l'animal a été excité soit par un tiers, soit par un animal appartenant à autrui. »

Il faut, en premier lieu, se demander quels sont les rapports entre ce recours particulier et le recours institué de façon générale par l'article 51 CO. L'article 56 CO accorde-t-il plus, moins, ou peut-être autre chose que l'article 51 CO ? A-t-il une utilité ou en a-t-il eu une ?

I. *Les rapports entre l'article 56 alinéa 2 CO et l'article 51 CO.*

Ces rapports dépendent de la nature juridique que l'on attribue à la responsabilité de l'article 65, puis 56 CO. Nous avons décrit l'évolution qui s'est produite à cet égard dans un chapitre précédent et n'y reviendrons pas¹.

A) *Le recours vertical.*

Il faut se demander si ces deux dispositions, art. 51 CO et 56 alinéa 2 CO, instituent des recours identiques ou des recours différents. Pour ce faire, il convient d'abord de décider dans laquelle des trois catégories instituées par l'article 51 alinéa 2 CO, l'article 56 CO doit être rangé. En considérant cette responsabilité comme de caractère délictuel, le détenteur doit être incorporé dans la première classe, celle des personnes tenues en raison de leur acte illicite. On peut soutenir aussi, et à plus juste titre nous semble-t-il, que celui qui n'arrive pas à renverser une présomp-

¹ Voir supra p. 86 ss.

tion de responsabilité édictée par la loi sans qu'une faute lui soit imputable, est tenu du dommage aux termes de la loi ¹.

Essayons maintenant de faire entrer les deux recours prévus par l'article 56 CO (recours contre celui qui a excité l'animal et recours contre le détenteur d'un autre animal) dans la classification de l'article 51 alinéa 2 CO. En considérant le détenteur comme une personne répondant de son acte illicite, on lui accorde un recours contre celui qui a excité l'animal, donc contre quelqu'un qui a lui-même commis un acte illicite, ou contre un autre détenteur. Il s'agit évidemment de recours contre des personnes appartenant à la même catégorie de responsables que le détenteur.

En partant au contraire de l'idée que le détenteur est tenu en vertu de la loi, on arrive à la conclusion que l'article 56 CO lui accorde un recours contre une personne qui a commis un acte illicite, en excitant l'animal, donc contre un responsable d'une autre catégorie, et un recours contre un autre détenteur.

Quelle que soit la nature de la responsabilité édictée par l'article 56 CO, l'article 51 CO peut être appliqué lorsqu'il s'agit du recours du détenteur d'animal contre un responsable appartenant à l'une des autres catégories prévues par cette disposition.

L'article 56 alinéa 2 CO n'est par conséquent d'aucune utilité en ce qui concerne un recours *vertical*, c'est-à-dire de catégorie à catégorie.

B) *Le recours horizontal.*

Il reste à déterminer ce qu'il en est d'un recours *horizontal*, c'est-à-dire contre un responsable appartenant à la même catégorie que le détenteur.

L'article 51 CO ne peut s'appliquer directement en pareille éventualité; son texte ne vise que le cas où plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes de *nature différente* et non celui des personnes répondant du dommage en vertu de causes différentes, mais de *même nature*. Von Tuhr ², Oser ³ et Schazmann ⁴ commettent une erreur en soutenant un pareil point de vue.

D'autres auteurs, Gröner par exemple ⁵, préconisent dans cette hypothèse une application par analogie de l'article 51 CO au recours

¹ Otto Gröner : *Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten und die daraus entstehenden Regressverhältnisse*, p. 84; RO 47/II, p. 408; 49/II, p. 89; 50/II, p. 186; von Tuhr: op. cit., p. 368.

² Op. cit., p. 368.

³ Op. cit., Rem. 4 ad art. 51 CO.

⁴ Op. cit., p. 105.

⁵ Op. cit., p. 83.

horizontal, tandis que Yung fonde le recours sur un principe général inféré de l'article 51 CO ¹.

Signalons enfin que Becker ² et Oftinger ³ considèrent le recours comme allant tellement de soi qu'ils ne précisent pas sur quoi ils le fondent, le premier d'entre eux relevant même que rien n'est prévu dans la loi à ce sujet ⁴. Le Tribunal fédéral admet également sans difficulté un recours entre responsables appartenant à la même catégorie ⁵.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur la valeur des thèses en présence. Il nous suffit de constater que le recours contre un responsable de la même catégorie est admis, même en l'absence d'un texte légal précis. Par voie de conséquence, il faut en déduire que l'alinéa 2 de l'article 56 CO n'est d'aucune utilité. Sa seule justification aurait été d'autoriser un recours impossible sans une disposition formelle. Avant l'introduction de l'article 51 CO dans notre système juridique, l'utilité de l'alinéa 2 de l'article 56 CO était incontestable; maintenant il ne constitue qu'une survivance historique. Les tiers visés par l'article 56 alinéa 2 sont responsables solidairement avec le détenteur du dommage causé au lésé. En raison de cette solidarité, il y a application directe ou par analogie de l'article 51 CO. C'est la raison pour laquelle les commentaires les plus récents ne voient dans l'article 56 alinéa 2 CO qu'une réserve, un rappel de l'article 51 CO ^{6, 7, 8}.

C) Conclusion.

La meilleure et la plus logique des solutions serait de supprimer l'alinéa 2 de l'article 56 CO. Personne ne serait plus tenté de prendre cette disposition pour base d'un recours dont la portée serait différente de celle des recours que nous avons étudiés jusqu'à présent. Ainsi, on pourrait envisager tirer de l'article 56 alinéa 2 CO un recours inconditionnel contre celui qui a excité l'animal ou contre le détenteur d'un autre animal. Dans cette éventualité, le juge ne pourrait faire usage de son droit de libre appréciation qui n'est pas réservé par l'article 56 CO; c'est ce que soutient expressément Schmid ⁹. On permettrait alors au détenteur de faire supporter le dommage à un tiers qui n'a pas commis de faute ou à un détenteur en mesure de faire la preuve libératoire de l'article 56

¹ *Recueil des Travaux de la Faculté de Droit* 1952, p. 234, note 2.

² Op. cit., Rem. 7-12 ad art. 51 CO.

³ Op. cit., p. 260.

⁴ Op. cit., Rem. 9 ad art. 51 CO.

⁵ RO 47/II, p. 430; JT 1922, p. 578; RO 80/II, p. 248.

⁶ Oser: op. cit., Rem. 18 ad art. 56 CO.

⁷ Becker: op. cit., Rem. 14 ad art. 51 CO.

⁸ Gröner: op. cit., p. 82.

⁹ Op. cit., p. 171.

CO, alors que lui-même se verrait imputer un acte illicite. Les résultats que l'on atteindrait par une telle application de l'article 56 alinéa 2 CO seraient contraires aux exigences de l'équité. Le danger dont nous parlons n'est pas imaginaire. Oser lui-même déclare dans la première édition de son commentaire : « La disposition de l'article 56 alinéa 2 CO qui, en qualité de droit spécial prévaut sur celle plus générale de l'article 51 CO, élargit le recours »¹. La seconde édition de son commentaire adopta, par contre, le point de vue inverse, qui nous paraît juste, à savoir que l'article 56 alinéa 2 CO ne crée aucun recours *sui generis*².

Une erreur semblable à celle d'Oser première manière a été commise par Brühlmann qui veut lui aussi conserver à l'article 56 alinéa 2 CO une portée indépendante de celle de l'article 51 CO. La différence entre cette règle et celle figurant à l'article 51 CO serait que le recours de l'article 56 CO s'imposerait de façon impérative au juge, tandis que l'article 51 CO réserve son pouvoir de déroger à l'ordre prévu par lui³. Brühlmann relève toutefois que, même dans des cas de ce genre, le recours ne sera pas nécessairement total, qu'il y a lieu de tenir compte des circonstances, que l'article 43 CO demeure applicable. Ce raisonnement est vicié par une contradiction interne. N'accorder un recours que pour une partie de l'indemnité payée au lésé ne revient qu'à restreindre le droit prétendument octroyé sans restriction par la loi. L'alternative est la suivante: ou bien on accorde toujours sur la base de l'article 56 alinéa 2 CO un recours total, ce qui donne à cette norme une portée qui lui est propre, ou l'on admet que ce recours peut varier suivant les circonstances; à ce moment l'article 56 alinéa 2 CO perd toute signification. Poser le problème de cette façon équivaut à le résoudre, car personne ne semble vouloir, à l'heure actuelle, se faire le champion d'un recours absolu⁴.

La proposition de supprimer l'alinéa 2 de l'article 56 CO paraît être la seule conclusion normale de la présente démonstration.

§ 2. Le recours du détenteur dans le cadre de l'article 51 CO.

I. Généralités.

L'article 51 CO énonce un principe: ceux qui répondent d'un dommage en vertu de causes différentes peuvent exercer les uns contre

¹ *Das Obligationenrecht*, Zurich 1915, Rem. VII ad art. 56 CO.

² Op. cit., Rem. 18 ad art. 56 CO.

³ Op. cit., p. 158.

⁴ C'était pourtant la solution adoptée primitivement par le Tribunal fédéral à propos de l'article 55 CO, soit sur un terrain juridique semblable (voir Becker: op. cit., Rem. 14 ad art. 51 CO).

les autres des recours comme s'ils avaient causé ensemble le dit dommage. Le législateur a voulu éviter que ce soit le lésé qui décide arbitrairement lequel des responsables devra réparer le préjudice. Le lésé demeurant libre d'attaquer qui bon lui semble, le recours aura pour but de rétablir un certain équilibre voulu, lui, par l'équité. Seront ainsi rendus sans effet, en principe, les arrangements peu reluisants que serait tenté de mettre sur pied un responsable qui « subventionnerait » le lésé pour que ce dernier s'adresse à l'un de ses coresponsables, plutôt qu'à lui. Il est même piquant de constater que l'article 51 CO doit son existence à une manœuvre de ce genre. Un propriétaire d'immeuble avait chargé un couvreur de vérifier son toit. Un des ouvriers, au cours de son travail, suspendit son échelle à un crochet placé à cet effet sur le toit en question. Malheureusement le crochet mal fixé céda et le couvreur se tua. Il était assuré contre les risques de ce genre par une police d'assurance contractée par son employeur. L'assureur, au lieu de payer, conclut un accord avec la veuve et les enfants mineurs de la victime qui actionnèrent le propriétaire d'immeuble. Ce dernier fut condamné par le Tribunal fédéral à payer une indemnité en raison du vice de construction que présentait son bâtiment ¹ et l'assureur sortit indemne de l'aventure. Actuellement, une telle opération ne serait plus réalisable, les indemnités versées par un assureur accidents pouvant être cumulées avec celles réclamées en vertu de la responsabilité civile. A l'époque le cumul était considéré comme impossible ². C'est pour éviter le retour de combinaisons aussi choquantes qu'une motion fut présentée par le député Müri sur le terrain spécial de l'article 58 CO. Reprenant cette idée et l'élargissant, Eugène Huber en tira l'article 51 CO ³.

Ayant institué le recours, le législateur précise ensuite dans quelles limites il pourra s'exercer. Devra, en principe, supporter tout le dommage celui auquel un acte illicite est imputable, à son défaut, celui qui est obligé en vertu d'engagements contractuels. Celui qui est tenu de réparer le préjudice sans faute de sa part et uniquement en raison de la loi, ne devra supporter en définitive le dommage qu'en l'absence de tout autre responsable.

L'ordre énoncé ci-dessus n'est pas absolu et le juge a le pouvoir d'y déroger, ce que soulignent les mots « dans la règle » inscrits dans le texte même de l'article 51 alinéa 2 CO ⁴. Il ne doit toutefois le faire que si des circonstances tout à fait spéciales l'y autorisent, c'est ce que souligne

¹ RO 35/II, p. 238.

² Brühlmann: op. cit., p. 126, 131; Yung: op. cit., p. 220, note 1.

³ Bull. stén. du C. N. 1909, p. 517 ss.

⁴ Voir également Bull. stén. du C.N. 1909, p. 522.

très nettement le Tribunal fédéral dans l'arrêt Assurance Mutuelle Vaudoise contre CFF ¹ :

« La règle de l'article 51 alinéa 2 CO n'est pas absolue, il est vrai; le juge a la possibilité d'y déroger lorsque les circonstances le justifient. Il ne doit toutefois user de cette faculté qu'avec une grande circonspection et là seulement où la stricte application de cette disposition conduirait à des résultats tout à fait inéquitables. »

Il convient, si l'on veut appliquer au détenteur d'animal l'article 51 CO, de se demander dans laquelle des trois catégories prévues au dit article le détenteur doit être rangé. Nous avons déjà étudié cette question et sommes arrivé à la conclusion que le détenteur doit être considéré comme une personne tenue du dommage en vertu de la loi ².

Tous les problèmes ne sont toutefois pas résolus par l'énonciation de cette règle. Il reste encore à déterminer :

— si le recours sera partiel ou total; (II)

— ce qui se passe lorsque celui qui exerce un recours a lui-même commis une faute ou doit également la réparation du dommage en vertu d'un contrat; (III)

— si le recours est également possible contre celui qui répond du dommage pour une cause de même nature, c'est-à-dire aussi en vertu de la loi; (IV)

— comment le détenteur devra-t-il exercer son recours lorsqu'il peut s'adresser à plusieurs autres responsables. (V)

II. *Le recours du détenteur d'animal, ou plus généralement du responsable en vertu de la loi, contre un coresponsable contractuel ou pour acte illicite, sera-t-il partiel ou total ?*

A) *Thèse d'Oftinger.*

Nous avons déjà examiné ce problème à propos de la faute concomitante ³; à notre avis le recours doit, en principe, être total. Une prise en considération du risque telle que l'envisage Oftinger ⁴ est non seulement étrangère, mais encore contraire à la volonté du législateur exprimée dans l'article 51 CO. Nous raisonnons *verschuldenshaftpflichtrechtlich* ⁵, comme le dit cet auteur, parce que nous ne voyons pas comment sa théorie *gefährdungshaftpflichtrechtlich* ⁶ serait conciliable avec

¹ RO 76/II, p. 392; SJ 1951, p. 268; JT 1951, p. 571; voir également Schazmann: op. cit., p. 102; SJ 1953, p. 81.

² Voir supra p. 86 ss.

³ Voir p. 137 supra.

⁴ p. 268.

⁵ p. 268.

⁶ p. 268.

le texte de la loi. Oftinger manque, pensons-nous, de logique. En effet, d'après lui, il faut distinguer au point de vue des recours entre deux sortes de responsabilités causales : les responsabilités pour risque au sens étroit (*Gefährdungshaftungen*) et les responsabilités causales ordinaires (*gewöhnliche Kausalhaftungen*). Comme exemple des premières, Oftinger cite la responsabilité du détenteur de véhicule à moteur, celle de l'entreprise de chemin de fer ¹, etc. Dans les secondes, il classe la responsabilité de l'employeur, du détenteur d'animal, du propriétaire d'ouvrage, etc. ². Pour les premières, il soutient que le risque doit être pris en considération en dépit de la faute d'un coresponsable ³, pour les secondes il estime au contraire que celui qui est tenu en raison de son acte illicite devra, lors du recours, prendre à sa charge le dommage total ⁴. Un défaut d'unité se manifeste, dès lors, dans son système. Si le risque est, en principe, équivalent à la faute, il convient de le prendre en considération, qu'il se présente sous la forme de la responsabilité pour risque au sens étroit (*Gefährdungshaftung*) ou sous celle de la responsabilité causale ordinaire. Il n'y a pas, en effet, entre elles une différence d'essence, mais simplement le risque est plus considérable dans un cas que dans l'autre ⁵.

On pourrait soutenir que dans le jeu des recours la faute l'emporte sur le risque tant que ce dernier n'est pas trop important; ce serait ce qui se passerait lorsqu'entrerait en ligne de compte une responsabilité causale ordinaire. Au contraire, s'il s'agit d'un risque aggravé, ce dernier ne pourrait être négligé lors du règlement final. Nous doutons que le législateur ait jamais partagé cette opinion. Nous en voulons pour preuve l'article 38 alinéa 2 LFC où il est expressément disposé que le dommage causé par plusieurs détenteurs de véhicules à un tiers sera réparti entre eux proportionnellement à leurs fautes respectives. Or sur ce plan, il peut arriver qu'un dommage soit la résultante de deux risques dont l'un serait quasi inexistant et l'autre très considérable. Que dire, par exemple, du cas où lors d'une collision entre un vélo-moteur et un train routier un passager de ce véhicule serait blessé ? Oftinger, en ce qui concerne ce recours, soutient qu'il faut tenir compte du risque ⁶ mais là encore, comme sur le terrain de l'article 51 CO, il n'est pas en accord avec le texte légal.

Nous avons déjà relevé que le point de vue soutenu ici est celui que

¹ p. 15.

² p. 17.

³ Oftinger: p. 268, litt. e).

⁴ Oftinger: p. 269-270, litt. g).

⁵ Oftinger, p. 14.

⁶ p. 266, litt. b); p. 960, litt. b).

défendent plusieurs auteurs et non des moindres ¹. On pourrait être tenté de prétendre que l'article 51 CO n'est catégorique qu'en ce qui concerne l'ordre des recours, non quant à leur montant. Le juge, tout en admettant le principe du recours, serait libre de n'accorder au responsable en vertu de la loi, qui recourt contre l'auteur de l'acte illicite, qu'un remboursement partiel de ses prestations.

Une telle argumentation est indéfendable; en effet, on ne peut faire de distinction entre l'ordre et, en quelque sorte, le contenu du recours. Refuser d'admettre le recours pour une partie de l'indemnité versée équivaut à déroger à l'ordre prévu par le Code pour la portion d'indemnité visée. Dans un cas cependant, le Tribunal fédéral a adopté cette solution illogique en n'accordant qu'un recours partiel à un assureur incendie contre un responsable qui avait commis une faute grave ². Les motifs de la réduction, sans valeur juridique aucune, comme le relève Oftinger ³, furent la faute d'un tiers et la commisération.

B) Conclusion.

Nous avons déjà souligné, à propos de la faute concomitante ⁴, que le législateur a entendu maintenir la prédominance de la faute dans le domaine de la responsabilité civile ⁵. Cette intention est concrétisée, entre autres, par l'article 51 CO. Il devrait donc être hors de discussion, en matière de responsabilité plurale, que l'intervention de celui qui répond causalement n'a lieu qu'à titre subsidiaire ou provisoire, ses prestations ne devant profiter qu'au lésé, non à ceux qu'un contrat oblige à réparer le préjudice, ou bien mieux, qui en sont tenus en raison de leur acte illicite.

Nous n'entendons, au surplus, nullement prétendre que le responsable en vertu de la loi a toujours un recours absolu et total contre les personnes tenues en vertu d'une autre cause juridique. Une telle thèse serait en contradiction avec le texte même de l'article 51 CO, qui réserve par les mots *en principe* la liberté d'appréciation du juge. Sans vouloir déterminer avec plus de précision les circonstances qui autorisent une dérogation à l'ordre institué par l'article 51 CO, nous indiquerons qu'il y a lieu d'appliquer en la matière, par analogie, les articles 43 et 44 CO ⁶. Il faut simplement ne pas perdre de vue qu'il doit s'agir d'exceptions motivées par des situations spéciales, non de l'application d'une

¹ Voir supra p. 139 ss.

² RO 50/II, p. 186.

³ p. 262.

⁴ Voir supra p. 139.

⁵ Brühlmann: op. cit., p. 108.

⁶ Oser: op. cit., Rem. 21 ad art. 51 CO.

règle selon laquelle celui qui répond du dommage en vertu de la loi devrait garder à sa charge automatiquement une part de l'indemnité en raison du risque assumé par lui. Nous soulignerons toutefois, puisque nous examinons spécialement la position du détenteur d'animal, que les auteurs, Oftinger compris, semblent admettre que ceux dont la responsabilité repose sur un défaut de surveillance présumé¹ auront un droit de recours total contre les personnes tenues du même dommage en vertu d'un contrat ou en raison de leur acte illicite.

III. *Quelle est la situation, lorsque le détenteur qui exerce un recours a lui-même commis une faute ou doit également la réparation du dommage en vertu d'un contrat ?*

Oser² est d'avis que dans de pareilles circonstances le juge fera usage de son pouvoir de libre appréciation. Lorsqu'il s'agira d'un recours contre l'auteur d'un acte illicite, il n'accordera pas un recours total, pour tenir compte de la faute commise par le détenteur d'animal.

Von Tuhr³ veut, lui, accorder au responsable en vertu de la loi un recours total contre la personne tenue en vertu de son acte illicite, même si le dit responsable a commis une faute, car, dit-il, « cette faute doit être considérée comme moins grave que celle de l'auteur du dommage ». Ce point de vue ne nous paraît guère défendable. On ne voit, en effet, pas pourquoi une faute, suivant qu'elle est commise par une personne soumise à une responsabilité causale ou par un responsable en vertu de l'article 41 CO, entraînerait des conséquences différentes. Cette opinion est au surplus contraire à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui, dans un litige auquel étaient intéressés un propriétaire d'ouvrage qui avait commis une faute et deux personnes obligées par un acte illicite, procéda à la répartition du dommage proportionnellement aux fautes respectives de chacune des parties⁴. Becker paraît se rallier à l'avis du Tribunal fédéral⁵. Toutefois, avant d'aller plus loin, il nous paraît nécessaire de déterminer ce qu'il faut entendre par *faute* du détenteur d'animal.

Puisque nous sommes dans l'hypothèse du responsable qui exerce un recours, nous supposons qu'il a dû réparer le dommage et que, par conséquent, il n'a pas pu établir avoir exercé sur l'animal la surveillance requise par l'article 56 CO. Doit-on déduire de cet échec sur le terrain de la preuve libératoire qu'une faute est imputable au détenteur ? Cer-

¹ p. 367.

² Op. cit., Rem. 9 ad art. 51 CO.

³ Op. cit., p. 367.

⁴ RO 47/II, p. 430.

⁵ Op. cit., Rem. 12 ad art. 51 CO.

tainement pas; d'abord parce que le défaut de surveillance est présumé, tandis qu'il incombe à celui qui allègue l'existence d'une faute de l'établir, et il se peut fort bien que cette preuve échoue. En second lieu, le défaut de surveillance, même établi, ne constitue pas nécessairement une faute au sens de l'article 41 CO. Le Tribunal fédéral déclare même, à propos de l'article 55 CO, que « négliger de prendre les soins nécessaires en n'instruisant et en ne surveillant pas ses ouvriers constitue précisément et exclusivement la cause de responsabilité prévue à l'article 55 CO »¹. Cette affirmation nous paraît trop catégorique pour être exacte. Il est juste de dire qu'un manquement aux mesures prescrites par les articles 55 et 56 CO ne constituera pas nécessairement une faute, mais non pas de prétendre, comme a l'air de le faire le Tribunal fédéral, qu'il ne pourra, par principe, jamais y avoir faute par manque d'instruction ou de surveillance. Notons enfin que l'employeur ou le détenteur peuvent commettre une faute par un acte positif, par une imprudence et non seulement par négligence.

Après cette digression sur la notion de la faute en matière de recours, abordons le fond du problème : le recours du détenteur auquel une faute est imputable contre un coresponsable.

Il faut, à ce propos, distinguer deux éventualités. Le cas du recours contre un obligé contractuel et celui du recours contre une personne tenue en raison de son acte illicite.

Dans la première hypothèse, si une faute est établie à la charge de celui qui doit déjà réparation du dommage en vertu de la loi, aucun recours ne pourra lui être accordé. En effet, en agissant de la sorte on violerait l'ordre institué par l'article 51 alinéa 2 CO. Dans la seconde hypothèse, il y aura lieu de répartir le dommage entre les responsables proportionnellement aux fautes commises par chacun.

IV. *Quid du recours contre un responsable tenu du dommage pour une cause de même nature que celui qui a payé ? En d'autres termes, le détenteur peut-il exercer un recours contre une autre personne tenue à réparer le dommages aux termes de la loi ?*

Nous avons déjà démontré que ce recours allait de soi, que la doctrine l'admettait pour tous les cas de responsabilité plurale sans aucune restriction².

Il reste cependant à déterminer comment la répartition du dommage s'opérera entre les différents détenteurs intéressés.

¹ RO 77/II, p. 248; JT 1952, p. 73.

² Voir supra p. 158.

Conformément au principe de la prédominance de la faute, il convient, en premier lieu, de mettre à part les cas dans lesquels un acte illicite doit être retenu à la charge d'un des détenteurs. Dans de telles circonstances, il ne s'agit plus qu'en apparence d'une liquidation entre deux détenteurs. Celui qui a commis une faute ne peut plus invoquer sa qualité de responsable purement légal lors du règlement final. Son acte illicite prévaut, de telle sorte qu'il devra supporter tout le dommage¹, comme s'il n'était pas simultanément responsable en raison de l'article 56 CO.

Quand il n'y a aucune faute imputable aux personnes répondant d'un dommage en vertu de la loi, la doctrine propose de répartir l'indemnité par parts égales entre eux. Se déclarent, entre autres, expressément partisans de ce mode de partage : Groner² et Oser³. Ce dernier s'appuie à cet égard sur un arrêt déjà ancien du Tribunal fédéral. L'arrêt en question⁴ se borne toutefois à déclarer « qu'étant donné les circonstances, il paraît équitable de mettre à la charge de chacun des défendeurs la moitié de l'indemnité payée aux lésés ». Il n'énonce nullement un principe général, mais se borne à trancher un cas d'espèce. En faveur d'une répartition égale du dommage, on peut également invoquer l'article 38 alinéa 2 *in fine* de la LFC qui dispose que « si la faute ne peut être établie, les détenteurs sont responsables à égalité ».

V. *Comment le détenteur devra-t-il exercer son recours lorsqu'il peut s'adresser à plusieurs autres responsables ?*

Il s'agit en réalité d'un problème plus vaste qui se pose sur le terrain de l'article 51 CO chaque fois qu'un responsable a le droit d'obtenir le remboursement total ou partiel de ses prestations de plusieurs autres responsables. Y a-t-il solidarité des autres responsables à son égard ou devra-t-il réclamer à chacun séparément sa part ? La solidarité est à l'avantage de celui qui recourt, mais peut conduire à des résultats inéquitables si, par exemple, un des responsables est insolvable. Il nous est impossible d'étudier cette question qui nécessiterait d'assez amples développements. Nous ne pouvons qu'en signaler l'existence.

Il nous semble, à première vue, que si l'on veut rester dans l'esprit de l'article 51 CO, il faut admettre pour le recours *vertical* la solidarité des responsables à l'égard du recourant d'une autre catégorie ; c'est le seul moyen de sauvegarder le principe de la primauté de la faute.

¹ Oftinger, p. 270.

² Op. cit., p. 61.

³ Op. cit., note 19 ad art. 51 CO.

⁴ RO 24/II, p. 137.

Par contre, lors d'un recours *horizontal*, il nous paraît plus équitable de ne pas déclarer les intéressés solidaires à l'égard du recourant. La solidarité toutefois, même appliquée seulement en matière de recours *vertical*, peut conduire à des résultats injustes. Considérons, par hypothèse, qu'un animal cause un dommage à la suite d'une faute de son gardien et d'un tiers. Si l'on admet le principe de la solidarité, on autorise le détenteur à réclamer au tiers la réparation du dommage total, c'est-à-dire même de la portion de ce dernier qui correspond à la faute de l'employé du détenteur. Or, une telle solution est manifestement contraire à l'équité.

VI. Conclusion.

C'est sur la base des principes que nous avons tenté de dégager qu'il faudra juger *in concreto* les cas de recours dans lesquels un détenteur d'animal se trouvera impliqué.

Un problème qui sera, en fait, souvent particulièrement épineux à résoudre consistera dans la question de savoir si le détenteur répond du dommage à titre purement causal, ou si on peut lui reprocher d'avoir commis un acte illicite.

Un point qui nous paraît également peu clair en la matière est la notion d'obligation contractuelle au sens de l'article 51 alinéa 2 CO. La doctrine ne nous paraît pas l'avoir délimitée avec précision; nous ne connaissons pas non plus de décision judiciaire à ce sujet. A cet égard deux théories nous paraissent possibles. On peut en premier lieu considérer comme constituant une obligation contractuelle au sens de l'article 51 CO toute obligation de réparer qui a sa source dans un contrat. Chaque fois donc qu'il existera un rapport contractuel entre le lésé et un des responsables, obligeant ce dernier à réparer le dommage, il sera rangé dans la deuxième catégorie figurant à l'article 51 alinéa 2 CO.

On pourrait également soutenir qu'à la base de l'article 51 CO nous trouvons la faute sous ses deux formes, délictuelle et contractuelle. Ne constituerait, dès lors, une responsabilité contractuelle pour l'article 51 alinéa 2 CO que celle basée sur une faute, présumée il est vrai. Serait également inclus dans cette catégorie, pour des raisons d'équité, l'assureur, puisque son engagement a en vue la survenance du dommage. Ne seraient alors pas des obligés contractuels au sens de l'article 51 CO ceux qui répondent d'un dommage en vertu d'une disposition expresse de la loi, sans qu'une faute leur soit imputable. Leur obligation n'a, en effet, de contractuel que l'apparence. Le contrat n'est que le cadre, nécessaire, au jeu d'une disposition légale qui s'impose aux parties. Nous

pensons, à ce propos, en particulier au dépôt d'hôtellerie. Il paraît indiscutable que jusqu'à concurrence de 1000 francs la responsabilité de l'hôtelier est purement causale. Si on la qualifie de contractuelle au sens de l'article 51 alinéa 2 CO, on arrive manifestement à des résultats inéquitablement sur le plan des recours. Quelques exemples le prouveront aisément. Admettons pour commencer que le chien d'un voyageur détériore, sans que ce dernier ou l'hôtelier ait commis de faute, les effets d'un autre voyageur. Si l'on considère que l'hôtelier est responsable contractuellement, on devra lui refuser tout recours contre le voyageur détenteur; un pareil résultat est manifestement contraire à l'équité. Si l'on admet que la responsabilité de l'hôtelier est causale, on lui accorde un recours partiel, ce qui paraît normal.

Prenons un autre exemple : un entrepreneur est chargé par un client de repeindre un portail. Pour exécuter son travail, l'ouvrier ouvre le dit portail. Le chien du voisin, que la domestique de ce dernier vient de mettre en liberté alors que son maître lui avait interdit de le faire, profite de cette ouverture pour s'introduire dans le jardin sans que l'ouvrier songe à l'empêcher. Là il cause un dommage, tue des poules, mord la fille de la maison ou se promène dans les massifs de fleurs. Sont tenus, en principe, de réparer le dommage: l'ouvrier et le gardien du chien en raison de leur négligence, mais aussi le détenteur de l'animal et le patron de l'ouvrier, en vertu de l'article 101 CO.

Supposons que les deux préposés soient insolvable; comment la répartition du dommage s'opérera-t-elle entre les deux autres intéressés ? Tout dépendra de la qualification juridique que l'on donnera à la responsabilité édictée par l'article 101 CO. Si elle est considérée comme de nature contractuelle, il s'ensuivra nécessairement, en application de l'article 51 CO, que celui qui s'y trouve assujéti devra régler seul l'indemnité due au tiers lésé, puisque l'autre intéressé, le détenteur d'animal, est tenu en vertu de la loi. Si, au contraire, l'on admet que l'article 101 CO institue une responsabilité de caractère légal, que le contrat ne fournit que l'occasion d'appliquer, le résultat est différent. Se trouveront alors en présence deux personnes appartenant à la même catégorie selon l'article 51 CO, ce qui aura pour conséquence qu'un partage de l'indemnité versée au tiers devra intervenir entre les deux intéressés.

La seconde solution est plus équitable, surtout dans les cas où l'auxiliaire de l'article 101 CO n'a pas créé le dommage par un acte, mais se voit reprocher une négligence qui a permis, et était de nature à permettre, qu'un tiers cause le dit dommage. Pour reprendre l'exemple de l'ouvrier qui a laissé un chien s'introduire dans le jardin, il serait manifestement

choquant de prétendre que le patron de l'ouvrier est plus responsable que le détenteur de l'animal et de justifier par là l'exonération totale de ce dernier, lors de la liquidation des recours.

Des cas de ce genre nous inclinent à penser que la notion d'obligation contractuelle mériterait, en ce qui concerne les recours, d'être soumise à un nouvel examen et que l'équité n'aurait qu'à gagner à la création de certaines catégories à l'intérieur du concept plus vaste de la responsabilité contractuelle.

Le Tribunal fédéral, malheureusement, n'est pas de cet avis. Dans l'arrêt *La Neuchâteloise contre Gini*¹, il déclare que la responsabilité que l'employeur assume en vertu de l'article 101 CO est contractuelle et donne tort à la Cour de Justice de Genève, qui considérait que cette responsabilité est encourue *aux termes de la loi*. La lecture du considérant où se trouve énoncé ce principe permet toutefois de démontrer que le Tribunal fédéral commet une erreur : « celui qui recourt à des auxiliaires répond de leurs actes comme des siens propres », déclare-t-il². Cela est parfaitement juste; ce qui ne l'est pas, par contre, c'est de déduire de cette *représentation de la faute* que l'employeur répond contractuellement du dommage. Il est, en effet, tout à fait différent de répondre de la faute d'autrui, même comme s'il s'agissait de la sienne propre, ou d'avoir commis personnellement soit un acte illicite, soit une faute contractuelle. C'est cette distinction que ne fait pas le Tribunal fédéral. Or, il s'agit en réalité du critère qui permet de séparer les responsabilités causales des autres. En ne le reconnaissant pas, le Tribunal fédéral en arrive à confondre la responsabilité du fait personnel avec la responsabilité pour le fait d'autrui.

Prétendre que la responsabilité de l'employeur selon l'article 101 CO est une responsabilité contractuelle équivaut à dire que la responsabilité du patron édictée par l'article 55 CO est une responsabilité pour faute. Il n'y a pas de motif, puisque l'employeur de l'article 101 CO est censé avoir commis personnellement une faute, de ne pas raisonner de même à propos du patron sur le terrain de l'article 55 CO. Ce parallèle entre l'article 101 CO et l'article 55 CO démontre, nous semble-t-il, que le Tribunal fédéral a commis une erreur en argumentant comme il l'a fait dans l'arrêt précité. Nous partageons, à ce sujet, entièrement l'avis d'Oftringer qui, examinant le même considérant, déclare de la façon la plus formelle que la responsabilité de l'employeur selon l'article 101 CO est une responsabilité causale au sens de l'article 51 alinéa 2 CO³.

¹ RO 80/II, p. 248.

² RO 80/II, p. 253.

³ *Revue suisse d'Assurances* XXIII, p. 173.

§ 3. *Le recours de l'assureur (article 72 LCA) dans le cadre de l'article 56 CO.*

Nous limiterons notre exposé à quelques remarques d'ordre général et renvoyons pour le surplus aux commentaires de la LCA, ainsi qu'aux ouvrages traitant plus particulièrement du recours de l'assureur¹. Il y a lieu d'être d'autant plus prudent en la matière que les spécialistes sont loin d'être d'accord entre eux sur des points essentiels tels que, par exemple, le cercle des personnes contre lesquelles l'assureur est autorisé à exercer son recours, les rapports existants entre l'article 72 LCA et l'article 51 CO.

Un assureur peut être intéressé à divers titres à la réparation du dommage causé par un animal. Il peut l'être en qualité d'assureur du lésé ou parce qu'il couvre la responsabilité civile du détenteur d'animal.

C'est en partant de cette distinction fondamentale que nous aborderons le problème du recours de l'assureur.

I. Situation de l'assureur du lésé.

Il faut à cet égard séparer l'assurance des personnes de l'assurance contre les dommages.

A) L'assurance des personnes.

Elle est régie par l'article 96 LCA qui dispose que « les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers en raison du sinistre ne passent pas à l'assureur ». La situation est donc extrêmement simple dans un cas de ce genre. L'assureur ne possède aucun droit de recours contre le détenteur d'animal. Cela suppose toutefois que l'on soit parfaitement au clair sur ce qui constitue une assurance des personnes et sur ce qui, au contraire, rentre dans l'assurance des dommages. La chose doit être relevée en raison de la vive controverse qui a surgi à propos des frais médicaux. Le corollaire de l'article 96 LCA est, en effet, que puisque les droits du lésé ne passent pas à l'assureur, le premier conserve la faculté de réclamer l'indemnisation du préjudice causé au tiers responsable. Ce dernier ne pourra, de son côté, pas obtenir l'imputation des prestations versées par l'assureur sur le dommage allégué. En d'autres termes, la victime peut exercer cumulativement ses actions contre l'auteur du dommage et contre les responsables². Par contre, si les frais médicaux sont incorporés à

¹ Hüppi: *Der Regress des Versicherers im schweiz. Privatversicherungsrecht*, thèse, Fribourg 1924. — Thut: *Der Regress des Versicherers*, thèse, Zurich 1924.

² RO 63/II, p. 143; SJ 1938, p. 78; JT 1937, p. 522; RO 70/II p. 229; SJ 1945, p. 175; JT 1945, p. 109.

l'assurance contre les dommages, les droits du lésé passent à l'assureur qui pourra obtenir du responsable le remboursement de ses prestations dans la mesure où l'article 72 LCA l'y autorise. Le Tribunal fédéral a opté pour la première solution et admis la réclamation cumulative des frais médicaux à l'assureur et au responsable dans l'arrêt La Bâloise contre Inselmini ¹. Par la suite, en dépit et peut-être même à cause des critiques de la doctrine ², il a maintenu son point de vue dans l'arrêt Dame Brun contre Richard et Caledonian ³.

Nous nous en voudrions de nous immiscer dans cette controverse. Il est pourtant permis de relever, en passant, que les arguments du Tribunal fédéral sont loin d'être convaincants. Ils ont leur source dans l'idée que « l'on ne voit pas pourquoi le tiers responsable de l'accident tirerait profit d'un acte de prévoyance dans lequel il n'est pour rien » ⁴. Or un raisonnement de ce genre peut tout aussi bien être fait en matière d'assurances contre les dommages. On ne voit, par exemple, pas pourquoi les CFF, lorsqu'un train a écrasé un camion à un passage à niveau mal gardé, pourront tirer profit de l'assurance « casco » contractée par le propriétaire du camion. C'est pourtant ce qu'admet le même Tribunal fédéral ⁵ en appliquant très exactement, ajoutons-nous, l'article 72 LCA. On ne voit pas, dès lors, pour quel motif ce qui est considéré comme juste, lorsqu'il s'agit des frais de réparation d'un véhicule à moteur, d'un bâtiment endommagé par l'incendie, ne le serait plus pour les frais médicaux qui ne sont rien d'autre que des frais de remise en état dont le seul caractère particulier est de concerner le corps humain. En logique et en équité, il n'y a vraiment aucune raison de permettre à un lésé d'encaisser deux fois la contre-valeur de frais qu'il ne doit régler qu'une seule fois. Au contraire, si l'on considère l'assurance des frais médicaux comme une assurance contre les dommages, ce non-sens est évité sans la moindre difficulté. L'assureur accidents, après avoir payé les honoraires de médecin et autres dépenses analogues, pourra exercer son recours contre le responsable dans les limites de l'article 72 LCA. Cela signifie que si aucune faute n'est imputable au dit responsable, il ne sera pas appelé à rembourser l'assureur. Une telle solution ne viole nullement les règles de la morale et de l'équité. Le dommage est réparé, autant que faire se peut, sans que celui qui n'en répondait que causalement ait à intervenir. Nous retrouvons là la règle fondamentale de l'article 51 CO :

¹ RO 70/II, p. 229; SJ 1945, p. 175; JT 1945, p. 109.

² Petermann: JT 1945 I, p. 113; Garobbio: *Revue de la Sté des juristes bernois* 1943, p. 289 et 329.

³ RO 73/II, p. 39; SJ 1947, p. 305; JT 1947, p. 365.

⁴ SJ 1947, p. 311.

⁵ RO 76/II, p. 387; SJ 1951, p. 262; voir également SJ 1953, p. 81.

l'assureur qui couvre le dommage en vertu d'un contrat doit le supporter de préférence à celui qui en répond seulement de par la loi.

B) *L'assurance contre les dommages.*

Le recours en matière d'assurance contre les dommages est régi, lui, par l'article 72 alinéa 1 LCA dont la teneur est la suivante :

« Les prétentions que l'ayant droit peut avoir contre des tiers en raison d'actes illicites passent à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité payée. »

Cette disposition exclut catégoriquement, sans discussion possible, tout recours contre un obligé contractuel. Il reste à résoudre la question de l'interprétation des termes « en raison d'actes illicites ». Certains auteurs, tels que von Tuhr, soutiennent que la subrogation joue à l'égard de toutes les responsabilités régies par les articles 41 à 61 CO ¹. D'autres, au contraire, qu'elle n'intervient que contre celui qui a commis personnellement une faute ². Dans ce cas, l'assureur ne pourrait exercer de recours contre celui qui ne fait que répondre de la faute d'autrui ou de l'acte d'une personne ou éventuellement d'un animal, sans avoir lui-même, en fait, commis de faute. Le problème se trouve encore compliqué par la circonstance que les auteurs ne sont pas d'accord sur l'influence respective des articles 51 CO et 72 LCA. Ce conflit aurait dû être évité ou réglé lorsque l'on a introduit l'article 51 dans le CO, mais le législateur n'a pas pris garde à la dualité de législation qu'il créait ³. Von Tuhr est d'avis que l'article 72 LCA règle de façon exhaustive le recours de l'assureur et exclut, par conséquent, l'application de l'article 51 CO ⁴. Brühlmann, au contraire, considère que l'article 51 CO constitue plutôt une loi spéciale par rapport à la loi générale représentée par l'article 72 LCA ⁵ ! La conséquence de ce raisonnement est l'opinion que nous venons de signaler : à savoir que le recours de l'assureur contre celui qui répond du dommage en vertu de la loi est exclu (art. 51 al. 2 CO). Quant à Gröner ⁶, il laisse le choix à l'assureur entre le recours indépendant basé sur l'article 51 CO et la subrogation de l'article 72 LCA. D'autres auteurs complètent l'article 72 LCA par l'article 51 CO ⁷.

Enfin dans une étude que nous avons déjà citée, le professeur Yung a examiné sous ses différentes faces le problème posé par la coexistence

¹ SJZ 18, p. 233.

² Brühlmann: op. cit., p. 146; Oftringer, p. 284; voir également von Tuhr: op. cit., p. 77; Hüppi: op. cit., p. 22; Oser-Schönenberger: Rem. 12 ad art. 51 CO.

³ Yung: op. cit., p. 228, note 1.

⁴ SJZ 18, p. 233.

⁵ Op. cit., p. 146.

⁶ Op. cit., p. 86.

⁷ Becker: op. cit., Rem. 13 in fine ad art. 51 CO.

des articles 51 CO et 72 LCA ¹. Il arrive à la conclusion que la majorité de la doctrine et le Tribunal fédéral sont d'avis que « l'article 51 CO déroge partiellement à l'article 72 LCA, dont il ne laisse subsister que les effets positifs, mais non les effets négatifs. L'article 72 LCA régit donc les relations entre l'assureur et l'auteur d'un acte illicite, mais celles entre l'assureur et les personnes responsables en vertu de la loi ou d'un contrat sont soumises à l'article 51 CO » ².

Ces contradictions de la doctrine ont conduit à quelques flottements dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour de Justice de Genève a admis que l'article 72 LCA accordait à l'assureur un recours contre le responsable légal ³ ou contre le responsable contractuel ⁴. Le Tribunal fédéral s'est récemment prononcé sur le problème des rapports entre l'article 72 LCA et l'article 51 CO en ce qui concerne le recours de l'assureur contre un tiers responsable contractuellement ⁵. La situation est quelque peu différente pour le détenteur d'animal puisqu'il s'agit d'un responsable légal, mais l'arrêt n'est pas dénué d'intérêt même à ce sujet. Les considérants précisent que l'article 72 LCA n'a exclu que la subrogation légale de l'assureur dans les droits qu'avait le lésé contre la personne tenue du préjudice en vertu d'un contrat. La cession d'une telle prétention demeurerait en revanche possible. L'effet de l'article 51 CO est de régler le recours en le soustrayant à la volonté du lésé. Cette considération ne permet pas cependant, si l'on tient compte que la cession était possible autrefois, d'exclure tout droit contre le responsable contractuel. Le juge toutefois devra faire preuve de retenue dans l'octroi d'un tel recours.

Le raisonnement du Tribunal fédéral qui vise, dans le cas particulier, un responsable contractuel, est également valable à l'égard du responsable légal. L'article 72 LCA exclut la subrogation de l'assureur, mais une cession de ses droits par le lésé demeure possible. Le juge examinera, à ce moment, le recours à la lumière de l'article 51 alinéa 2 CO. Cette disposition est moins catégorique que l'article 72 LCA, puisqu'elle laisse une certaine place à l'appréciation en prévoyant seulement que c'est dans la règle que le dommage sera supporté en dernier lieu par celui qui en est tenu en vertu de la loi. Ainsi, si des circonstances extraordinaires le justifient, le juge peut octroyer à l'assureur un recours contre le responsable légal ⁶. Cette conclusion nous semble fâcheuse, car si nous avons quelque peine à imaginer des motifs suffisants pour inciter un tribunal à

¹ Op. cit., p. 222 ss.

² Op. cit., p. 238.

³ SJ 1936, p. 326.

⁴ SJ 1942, p. 389.

⁵ RO 80/II, p. 248.

⁶ Yung: op. cit., p. 233.

déroger à l'ordre des recours institué par l'article 51 alinéa 2 CO en faveur de l'assureur contre un responsable causal, il n'en demeure pas moins que la simple possibilité d'une dérogation est propre à engendrer des conflits.

Pour éviter tout malentendu, nous précisons encore que le recours de l'assureur n'est, en principe, exclu contre le détenteur d'animal que s'il se fonde sur l'article 56 CO. En cas d'acte illicite du détenteur, par contre, l'assureur pourra exercer un recours contre lui. Les auteurs sont unanimes à cet égard.

Le corollaire de cette exclusion du recours de l'assureur est que le détenteur qui a indemnisé le lésé, alors que ce dernier possédait une assurance couvrant son dommage, pourra exercer un recours contre l'assureur intéressé¹. C'est l'article 51 CO qui sera le fondement juridique d'un tel recours. En pratique, si le détenteur a connaissance de l'existence d'une assurance avant le paiement par lui d'une indemnité à l'ayant droit, il aura intérêt, si la procédure cantonale le lui permet, à appeler en cause l'assureur de la partie adverse dans le procès qu'elle lui a intenté. Le juge tranchera ainsi par une seule décision l'ensemble des rapports de fait et de droit qui lient les parties. C'est le meilleur moyen de se prémunir contre des jugements contradictoires.

II. *L'assureur couvre la responsabilité civile du détenteur d'animal.*

A) *Généralités.*

Pour qu'un recours soit concevable, il faut qu'un tiers réponde lui aussi du dommage causé par l'animal. A quel titre ce tiers est-il susceptible d'être intéressé au dommage ?

Il peut d'abord être obligé en vertu d'un contrat; telle est en particulier la position de l'assureur contre les dommages. Il est possible aussi qu'il soit obligé parce que sa responsabilité civile est engagée; c'est le cas de celui qui répond du dommage solidairement avec le détenteur d'animal. On doit également envisager l'éventualité dans laquelle ce coresponsable supposé serait lui-même assuré contre la responsabilité civile.

Ce problème est délicat à résoudre parce qu'aucune disposition légale ne s'y applique directement. Ainsi l'article 51 CO ne règle que les rapports de ceux qui répondent du même dommage à l'égard du lésé en vertu de causes différentes. Cela implique que le lésé peut attaquer à son choix l'un ou l'autre des obligés. Or, dans l'assurance responsabilité civile ordinaire (responsabilité civile du détenteur d'automobile mise à part),

¹ Yung: op. cit., p. 233.

le lésé ne possède aucune action directe contre l'assureur du responsable.

L'article 72 LCA n'est, lui non plus, pas applicable sans autre, alors que, d'après sa position dans la loi, il devrait viser aussi l'assurance responsabilité civile qui est considérée comme une variété de l'assurance contre les dommages ¹. En effet, l'article 72 LCA est fondé sur l'idée que le lésé lui-même est assuré, non le responsable ². Le Tribunal fédéral s'est rendu compte des difficultés que présente cette situation; c'est pourquoi il déclare qu'en matière d'assurance responsabilité civile, s'il y a lieu d'appliquer le principe de la subrogation (art. 72 LCA), il faut tenir compte « cependant des particularités de ce genre d'assurance » ³. Cette solution se justifie, estime le Tribunal fédéral, par le fait qu'il convient d'éviter un enrichissement du responsable. Si la subrogation n'était pas admise, ce dernier laisserait le soin à son assureur d'indemniser les lésés en son nom, puis exercerait à son propre bénéfice les recours découlant des articles 50 et 51 CO ⁴. Enfin, et c'est là une règle importante, le Tribunal fédéral déclare que « l'assureur de la responsabilité civile n'étant pas lui-même au nombre des personnes responsables, l'existence d'une telle assurance ne peut exercer aucune influence sur la répartition finale du dommage entre les personnes responsables selon les articles 50 et 51 CO ⁵.

Toutefois, si l'on applique les deux principes ci-dessus, extraits du même arrêt, et qui, tendant au même but, devraient conduire à des résultats identiques, on arrive, suivant les circonstances, à des solutions contradictoires. Prenons, par exemple, le cas du détenteur de chien, assuré en responsabilité civile, dont l'animal excité par un autre a mordu un tiers. L'assurance responsabilité civile du premier détenteur indemnise le lésé. Peut-elle se retourner contre le second détenteur ? Si l'on applique par analogie et strictement l'article 72 LCA évidemment pas, puisque la subrogation n'intervient qu'à l'égard de celui qui a commis un acte illicite et un tel acte n'est pas imputable au second détenteur. Si, par contre, on prend comme base le second principe émis par le Tribunal fédéral, selon lequel l'existence d'une assurance responsabilité civile n'est pas de nature à modifier la répartition du dommage, un recours total ou partiel, suivant les circonstances, devra être accordé à l'assureur, puisque le détenteur peut en exercer un aux termes exprès de l'article 56, alinéa 2 CO.

¹ König: fiche jur. n° 440, p. 1.

² Oftinger, p. 341.

³ JT 1936, p. 526; RO 62/II, p. 181; SJ 1937, p. 127; RO 69/II, p. 417; JT 1944, p. 461; RO 79/II, p. 407.

⁴ RO 69/II, p. 417; JT 1944, p. 461.

⁵ JT 1936, p. 527; RO 62/II, p. 181.

Admettons l'existence de principe de ce recours; quelle disposition légale l'assureur recourant pourra-t-il invoquer contre l'autre détenteur responsable? En tout cas pas l'article 72 LCA, puisqu'il n'accorde aucune subrogation dans de pareils cas. L'article 51 CO? Encore moins, semble-t-il, car, comme nous l'avons vu, il ne vise que les recours de ceux qui, à des titres divers, sont obligés de réparer le dommage subi par un tiers. Or, le lésé ne peut intenter action contre l'assureur d'un des responsables, puisqu'il ne possède aucun droit direct contre lui. Dès lors, l'assureur devra se contenter d'une action basée sur l'enrichissement illégitime du coresponsable ou sur la gestion d'affaires. L'affaire gérée serait la communauté d'intérêts créée entre les débiteurs solidaires, parfaitement ou imparfaitement, par l'indemnité due au tiers lésé.

B) *L'arrêt Helvetia contre Oppliger* ¹.

C'est ce problème qu'a posé au Tribunal fédéral le procès Helvetia contre Oppliger ¹. La situation se présentait de la façon suivante: les Entreprises électriques fribourgeoises (EEF) avaient chargé l'entrepreneur Oppliger d'imprégner des poteaux pour prévenir leur pourriture. Oppliger utilisa à cet effet un produit toxique, le Cobra. Quelques jours après ce travail, des troupeaux furent amenés dans les pâturages où passait la ligne électrique. Un certain nombre de vaches léchèrent le Cobra et durent être abattues. L'Helvetia, assureur responsabilité civile des EEF, indemnisa les lésés, et après s'être fait céder les droits des EEF, recourut contre Oppliger qu'elle considérait comme responsable sur la base des articles 41 et 55 CO.

Le Tribunal fédéral se posa la question de savoir si l'Helvetia avait contre Oppliger un droit de recours en vertu des articles 72 LCA, 50 et 51 CO ou une prétention fondée sur les règles de la gestion d'affaires. Il commence, à ce propos, par relever que l'article 72 LCA, s'il vise également l'assurance responsabilité civile, doit être appliqué à cette dernière en tenant compte des particularités de ce genre d'assurance.

Ainsi, et c'est là le point essentiel du raisonnement du Tribunal fédéral, la restriction contenue dans l'article 72 alinéa 1 LCA est inapplicable à l'assurance responsabilité civile, lorsque l'assureur ne doit pas indemniser la même personne que les tiers contre lesquels il veut exercer un droit de recours. Il en est ainsi quand les tiers responsables sont, comme l'assuré, directement tenus du dommage, tandis que l'assureur n'est garant que de la perte résultant pour l'assuré de la réparation due au lésé. Dans une pareille éventualité, il n'y a pas concours de responsa-

¹ RO 79/II, p. 407.

bilités entre l'assureur et les tiers responsables, mais bien entre ces derniers et l'assuré. L'existence d'une assurance responsabilité civile ne peut exercer aucune influence sur la répartition du dommage entre les tiers responsables et l'assuré. Dès lors, si l'assureur répare le préjudice, il ne fait que prendre la place de l'assuré jusqu'à concurrence du montant qu'il a payé et se trouve subrogé à tous les droits qu'a l'assuré contre les tiers responsables, que ces derniers soient tenus du dommage en vertu d'un acte illicite, d'un contrat ou de la loi. L'application stricte de l'article 72 alinéa 1 LCA, conclut le Tribunal fédéral, se heurterait du reste à l'article 51 alinéa 2 CO qui, d'après la jurisprudence¹, l'emporte sur cette disposition. Au surplus une application de l'article 72 LCA dans de pareilles circonstances conduirait à un résultat inéquitable, à moins que, simultanément, on refuse d'appliquer l'article 51 alinéa 2 CO. En effet, l'assureur n'étant pas subrogé, l'assuré conserverait son droit de recours et pourrait le faire valoir contre le coresponsable, ce qui lui permettrait d'être indemnisé deux fois: la première par son assureur responsabilité civile, la seconde par le coresponsable dans les limites prévues par l'article 51 alinéa 2 CO. Or cette double réparation est précisément ce que le législateur a voulu éviter en matière d'assurance contre les dommages.

L'argumentation du Tribunal fédéral nous paraît tout à fait juste. Elle met le doigt sur les défauts du système consistant à assimiler l'assurance responsabilité civile à l'assurance contre les dommages. Elle comble, au surplus, une lacune importante en matière de recours en résolvant la question de savoir quelle est la position de l'assureur responsabilité civile sur le terrain des recours, alors qu'il n'existe contre lui aucune action directe du lésé, ce qui exclut l'application directe de l'article 51 CO.

L'assimilation de l'assureur à l'assuré pour les recours est encore conforme à l'équité, en ce sens qu'elle efface la distinction que l'on pouvait être amené à faire entre les cas où l'assureur peut être attaqué directement par le lésé et les cas où cela n'est pas admis. Sur le terrain des recours, une distinction entre ces deux éventualités n'est pas soutenable en équité. L'assureur qui indemnise le lésé en vertu du droit direct peut se mettre au bénéfice de l'article 51 CO. Refuser d'appliquer cette disposition, de préférence à l'article 72 LCA, également dans le cas des assurances responsabilité civile sans droit direct, aurait conduit à ce résultat que dans la première éventualité l'assureur aurait pu exercer un recours contre un tiers coresponsable et pas dans la seconde. Ainsi, l'assureur d'un automobiliste qui aurait indemnisé le passager de son assuré blessé lors d'une collision avec un chien, aurait pu se retourner contre le

¹ SJ 1953, p. 83.

détenteur du chien. Si, par contre, le passager était indemnisé par l'assureur du détenteur du chien, cet assureur n'aurait pu demander le remboursement partiel de ses prestations ni à l'automobiliste, ni à son assureur de la responsabilité civile!

L'arrêt du Tribunal fédéral Helvetia contre Oppliger nous paraît, dans ces conditions, avoir résolu de façon parfaitement conforme à l'équité et au droit une question à laquelle la doctrine n'avait pas trouvé de réponse satisfaisante. Ainsi, Oftinger n'envisageait qu'une application par analogie de l'article 72 LCA ¹, voie qui est décevante car le recours, comme nous l'avons relevé, se trouve exclu dans des circonstances où l'équité voudrait qu'il existât. L'emploi de cessions de droit, préconisé également par Oftinger ², n'était pas non plus, à notre avis, un moyen valable de sortir de l'impasse, car le Tribunal fédéral a déclaré à juste titre que ces cessions étaient sans valeur juridique dans la mesure où elles tendaient à accorder à l'assureur des droits plus étendus que ceux qui lui étaient dévolus par l'article 72 LCA ³. On ne voit pas comment il eut été possible de considérer comme valable sur le terrain de l'application par analogie de l'article 72 LCA ce qui ne l'était pas dans la sphère ordinaire de cette disposition légale.

C) Conclusion.

On peut tirer de ce bref examen de la position de l'assureur responsabilité civile du détenteur d'animal la conclusion suivante :

L'existence d'une ou de plusieurs assurances responsabilité civile du côté du détenteur ou de coresponsables ne doit rien changer à la répartition finale entre les divers obligés de l'indemnité versée aux tiers. A lire l'arrêt Helvetia contre Oppliger rien ne paraît s'opposer à la mise en œuvre juridique de ces recours dont le fondement paraît être établi de façon sûre. Toutefois la transposition de ces recours virtuels sur le terrain pratique risque de causer à l'assureur quelques amères surprises. Il est de fait aussi que de nombreux tribunaux ne voient pas de bon œil cette réclamation d'une société d'assurance, qui est là pour payer, contre un coresponsable auquel on trouvera mille excuses ⁴. L'assureur aura probablement meilleur temps, si le montant litigieux le justifie, de laisser assigner son assuré pour appeler en cause, dans le procès intenté par le lésé, l'autre responsable. Le Tribunal jugera de cette façon l'ensemble de l'affaire. Il mesurera plus exactement la portée de sa décision et dési-

¹ Oftinger, p. 341.

² Oftinger, p. 341.

³ RO 45/II, p. 645; 80/II, p. 252.

⁴ Voir par ex. Arrêt Helvetia c/Oppliger: RO 79/II, p. 407.

gnera immédiatement celui qui, en définitive, devra supporter le dommage. On peut espérer que dans ces conditions les conséquences d'un jugement seront plus l'effet d'une volonté consciente que celui du hasard. Cela risque d'être le cas lorsqu'un litige opposant plusieurs parties se trouve réglé par une série de décisions fragmentaires rendues par des juges différents auxquels n'a été soumis respectivement qu'un aspect du problème.

Chapitre V

CONCLUSIONS

Nos conclusions se répartiront en deux groupes: celles qui ont trait uniquement à l'article 56 CO et celles relatives aux problèmes généraux de la responsabilité civile que nous avons abordés.

Section I

CONCLUSIONS SUR L'ARTICLE 56 CO

L'application de cette disposition légale présente deux difficultés principales, l'une résidant dans la détermination de la personne responsable, l'autre dans l'appréciation des circonstances libératoires. Ces deux obstacles sont d'importance pratique différente. Ce ne sera que dans des cas spéciaux, peu nombreux, que le juge se trouvera embarrassé lorsqu'il s'agira de désigner le détenteur. Au contraire, presque dans chaque procès, le détenteur s'efforcera d'établir qu'il a surveillé l'animal avec la diligence requise.

§ 1. *La personne responsable.*

Nous avons tenté d'expliquer et de justifier sur la base de quels critères devait s'opérer, d'après nous, la détermination du responsable. Il est inutile de reprendre maintenant cette démonstration. Ce que nous voulons encore souligner, par contre, c'est l'étroite connexité logique qui existe entre la personne responsable et la preuve libératoire. Pour que l'article 56 CO ait un sens, il faut nécessairement que le responsable

désigné soit la personne qui, en raison des circonstances, de sa position, soit le mieux à même de déterminer quelles précautions doivent être observées et, ensuite, de prendre ou de faire prendre les mesures envisagées. L'article 56 CO part de l'idée que l'on peut exiger de la personne responsable une diligence positive et pas seulement une abstention comme l'article 41 CO. Ne doit par conséquent être chargé de cette obligation que celui qui est à même de la remplir. Nous pensons être sur ce point en plein accord avec Oftinger¹ qui, mieux que les auteurs antérieurs, a relevé cette étroite corrélation. Elle doit constituer le fil conducteur de tous les développements ultérieurs et ne doit pas être perdue de vue.

§ 2. *La preuve libératoire.*

L'article 56 CO réclame du détenteur, tout le monde est d'accord à ce sujet, une diligence positive. Le détenteur doit établir qu'en fait les mesures requises ont été prises et répond des actes ou de la négligence de ses préposés comme s'ils étaient siens².

Sur le terrain de la preuve libératoire, le pouvoir d'appréciation du juge est très grand et cela même s'il ne songe pas à déroger aux principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence dominantes. Il ne se présente jamais deux cas suffisamment semblables pour que les considérations émises à propos du premier soient sans autre valables pour le second. A cet égard, les tribunaux ne devraient pas se laisser guider par une vision trop théorique de la situation. Il est facile, après la survenance d'un accident, de déclarer que si telle ou telle précaution avait été prise l'événement dommageable aurait été évité. Il nous semble qu'en cette matière l'on infère trop rapidement, du fait qu'un dommage a été causé, l'existence d'une responsabilité. La preuve libératoire n'a plus alors qu'une valeur purement symbolique, puisque la survenance de l'événement dommageable suffit à elle seule à fonder la responsabilité. Le juge n'a plus qu'à choisir, pour justifier formellement sa décision, une des précautions imaginables en théorie, pour déclarer que son omission entraîne la responsabilité du détenteur. Il nous paraît certain que l'on a, sur ce point, par trop méconnu la valeur de l'usage. S'il est normal que les tribunaux n'identifient pas automatiquement la diligence requise par l'article 56 CO aux mesures de prudence usuelles³, il semble néanmoins

¹ p. 559.

² RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

³ RO 17, p. 640; 22, p. 1186; SJ 1897, p. 86; RO 39/II, p. 539; SJ 1913, p. 724; RO 40/II, p. 263; SJ 1914, p. 676, etc.

que l'observation de ces dernières devrait faire naître une présomption, tout à fait relative, que le détenteur s'est comporté comme il convenait. Or les juges, le plus souvent, raisonnent différemment et établissent au-delà de l'usage une norme qui, à leur avis, correspond à la diligence *objective* exigée par l'article 56 CO, mais qui dans la réalité ne repose sur rien. Une telle méthode conduit à un résultat qui, pensons-nous, choque l'équité. La victime de l'acte de l'animal est indemnisée du préjudice qu'elle subit en raison de l'inobservation de précautions qu'elle n'aurait pas prise à l'égard d'autrui ou en sa propre faveur, si elle avait elle-même détenu l'animal cause du dommage.

Pour illustrer cette remarque, nous utiliserons l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral dans l'affaire Chardon contre Masserey et Amoos¹. Le demandeur Chardon, agriculteur, fut renversé et blessé au cours d'une bousculade entre sa propre vache qui traînait un char et deux vaches appartenant à Masserey qui rentraient des champs sous la conduite d'un domestique, Amoos. Le Tribunal fédéral mit à la charge d'Amoos, respectivement de Masserey, une part de responsabilité, considérant qu'il aurait dû se tenir entre ses vaches et l'attelage de Chardon, ou tout au moins à proximité immédiate, au lieu de se laisser distraire pendant un instant par sa conversation avec un tiers.

Supposons maintenant que la victime, Chardon, ait été à la place du domestique responsable, Amoos. Aurait-il agi autrement ? Il y a grand-chance que non, cela même s'il courait le risque d'être renversé par ses propres vaches. C'est là qu'apparaît le caractère choquant de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui s'éloigne par trop de l'usage pour fixer la diligence requise. Le détenteur doit prendre à l'égard des tiers des précautions dont les dits tiers se dispenseraient vis-à-vis d'eux-mêmes s'ils étaient détenteurs. La nature artificielle d'une telle jurisprudence est d'autant plus nette si lésé et responsable se trouvent dans des conditions sociales analogues, sont tous deux, par exemple, de petits paysans possédant deux ou trois têtes de bétail. Par l'interpénétration de leurs exploitations respectives, ils s'exposent réciproquement à certains risques qui se réaliseront ou ne se réaliseront pas selon des circonstances purement fortuites. Il nous semblerait normal d'admettre, dans de pareilles conditions, une compensation de ces risques, pour autant qu'un des intéressés ne néglige pas les mesures de sécurité imposées par l'usage. Auteurs et tribunaux devraient donner à leurs exigences en matière de diligence des limites raisonnables, car sans cela la preuve libératoire de l'article 56 CO demeure purement lettre morte. Oftinger lui-même n'a pas, nous semble-

¹ RO 67/II, p. 28; SJ 1941, p. 337; JT 1941, p. 363.

t-il, échappé à cette contradiction qui consiste à affirmer, d'une part, que le détenteur a de sérieuses possibilités de se libérer ¹ et à exiger, d'autre part, de lui un luxe de précautions tel que bien peu sont en mesure d'imaginer d'abord tout ce qu'il conviendrait de faire, et encore moins de traduire ces impératifs en actes positifs ². Du point de vue social également, il y aurait lieu de tenir compte du fait que la grande majorité des animaux qui causent des dommages ne sont pas des animaux de luxe, mais qu'ils jouent un rôle économique important. Ils sont en particulier les auxiliaires nécessaires du petit paysan qui n'a pas les moyens de se motoriser. Nous avons déjà mentionné ³ l'inégalité créée par le fait que le propriétaire d'un tracteur agricole ne répond que de sa faute, alors que le détenteur d'un animal de trait est soumis à une responsabilité causale. Il convient de la relever une fois de plus, car elle accentue le déséquilibre qui existe entre les petites exploitations et les autres.

L'opposition animal-tracteur est un exemple de l'incoordination de deux règles de responsabilité civile. Il est facile d'en citer beaucoup d'autres et de plus importants. Nous estimons devoir examiner ce point dans nos conclusions, car il s'agit d'un grave défaut du droit suisse.

Section II

CONCLUSIONS CONCERNANT LE DROIT SUISSE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

Introduction.

Pour tenter de fixer de façon précise la position du détenteur d'animal, nous avons été obligé de nous attaquer à des problèmes de responsabilité civile assez ardu. A cette occasion, nous avons été frappé de l'incohérence du système suisse de responsabilité civile, ou plus exactement même par l'absence totale de tout système. Le principe fondamental se trouve énoncé par l'article 41 CO, en vertu duquel celui qui par sa faute cause un dommage à autrui est tenu de le réparer. Diverses

¹ p. 584.

² p. 588.

³ Voir *supra*, p. 105 ss.

exceptions ont été faites à cette règle, d'abord par le CO lui-même (art. 54, 55, 56, 58, etc.), par le CCS (art. 333, 679, etc.) ou se trouvent consacrées par des lois spéciales, Loi sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer, Loi concernant les installations électriques et enfin Loi sur la circulation des véhicules à moteur. L'incohérence du système résulte du fait qu'une réglementation régissant les rapports de ces diverses normes entre elles ou avec la responsabilité fondée sur la faute, fait complètement défaut. Ainsi, toute une série de points demeurent obscurs, ce qui entraîne des conflits impossibles à résoudre de façon satisfaisante. La vie se compliquant de plus en plus, il est naturel que les enchevêtrements de responsabilités concurrentes soient toujours plus nombreux et soulignent de plus en plus fréquemment les lacunes de notre droit. Sans vouloir étudier la situation de façon complète, nous pouvons émettre une série de remarques qui nous ont été suggérées par l'étude de la responsabilité du détenteur d'animal.

§ 1. *Collision de deux normes de responsabilité causale.*

I. Le principe de la compensation des risques.

Le problème posé par la collision de deux normes de responsabilité causale entre elles n'est pas résolu. Pour tenter de sortir de cette impasse, le Tribunal fédéral a fait appel, dans une série d'arrêts ¹, à la notion de la compensation des risques. Ces décisions ne concernent toutefois que des collisions de véhicules à moteur entre eux ² ou encore des collisions de véhicules à moteur avec un chemin de fer ³. Il a préféré, par contre, ne pas se prononcer quant à la compensation des risques dans un accident intéressant un détenteur d'animal et un détenteur d'automobile ⁴. Oftinger estime, lui, qu'il s'agit d'un principe général applicable à tous les cas de collisions de responsabilités causales entre elles ou avec des responsabilités délictuelles ⁵. Tout ceci n'est pas très clair, puisqu'à un

¹ RO 64/II, p. 436; SJ 1939, p. 510; JT 1939, p. 460; RO 67/II, p. 183; SJ 1942, p. 398; JT 1942, p. 53 et 470; RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 469.

² RO 64/II, p. 436; SJ 1939, p. 510; JT 1939, p. 460; RO 68/II, p. 116; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 469.

³ RO 67/II, p. 183; SJ 1942 p. 398; JT 1942, p. 53 et 470; RO 69/II, p. 150; JT 1943, p. 444.

⁴ SJ 1951, p. 372.

⁵ p. 235 ss.

auteur absolument affirmatif nous pouvons opposer les réticences du Tribunal fédéral.

Dans l'état actuel de notre législation, le principe de la compensation des risques ne peut en tout cas pas être appliqué de façon générale comme le préconise Oftinger. Cet auteur voit, dans la cause, pour tous les cas prévus par la loi, une source de responsabilité à placer sur le même rang que la faute. Or, une telle thèse est en opposition complète avec l'article 51 CO dont le but est au contraire de faire de la faute une source de responsabilité qui l'emporte sur les autres, contrat ou loi. Cette primauté doit se manifester dans l'incidence définitive de la charge du dommage, de telle sorte que lors du décompte final la responsabilité causale n'a qu'un caractère subsidiaire. Nous avons déjà indiqué en détail pour quelles raisons le point de vue d'Oftinger était en opposition complète avec l'article 51 CO ¹ et ne pensons pas qu'il y a lieu de revenir sur cette question.

La valeur juridique et *de lege ferenda* de la théorie de la prise en considération des risques telle qu'elle est défendue par Oftinger n'est pas contestable. Cet auteur nous paraît, par contre, ne pas reconnaître que certains textes du droit actuel, art. 51 CO, 38 LFC, etc., sont contraires à son point de vue.

La situation devant laquelle nous nous trouvons placés en matière de collision de responsabilités causales est extrêmement délicate. Elle n'est réglée par aucune disposition légale lorsqu'elle se présente sous la forme de collision avec une responsabilité causale concomitante du lésé. Le cas où il y a concours de deux responsabilités légales en faveur d'un tiers a été envisagé par certaines lois, la LFC en particulier. Le CO ne se prononce pas à ce sujet, puisque l'article 51 ne règle que les recours d'une catégorie de responsables à l'autre et non les recours à l'intérieur de la même classe. Nous pensons pouvoir affirmer, d'autre part, que tous les textes légaux qui instituent des recours consacrent la primauté de la faute sur les autres causes de responsabilité (art. 72 LCA, 51 CO, 38 LFC, etc.). Lorsque ces dispositions envisagent la possibilité de l'inexistence d'une faute à la charge des responsables, elles ordonnent un partage égal du dommage sans aucune référence au risque (art. 38 LFC, art. 30 Loi concernant les installations électriques). C'est également une répartition selon la même proportion qu'envisage, en principe, la doctrine pour les cas de recours entre ceux qui répondent causalement d'un dommage en vertu du CO ².

¹ Voir supra, p. 138.

² Oser : op. cit., Rem. 19 ad art. 51 CO.

II. Critique du principe de la compensation des risques.

Nous venons de relever qu'il n'existe aucune disposition légale réglant le cas de la responsabilité causale concomitante du lésé. Cette lacune apparente a été comblée par la jurisprudence qui, comme nous l'avons relevé, a fait application en la matière du principe de la compensation des risques. Or, en raisonnant de la sorte, elle a créé une situation contraire à la logique. En effet, nous ne pouvons échapper à cette vérité élémentaire, déjà rappelée par Guex ¹, que la faute concomitante ou le risque concomitant ne sont qu'un aspect spécial du cas plus général où plusieurs auteurs ont participé à la production du résultat, sa particularité consistant en ceci que l'un des auteurs est la victime elle-même. C'est cette unité profonde, logiquement inattaquable, de tous les cas de responsabilité plurale que le Tribunal fédéral a méconnue, lorsqu'il a décidé, dans l'arrêt La Bâloise contre Vock, qu'il fallait appliquer au dommage corporel causé par un détenteur à un autre détenteur l'article 37 LFC et non l'article 38 LFC qui ne serait, dit-il, qu'une simple règle de recours interne ². Cette dernière déclaration n'est, du reste, qu'une simple affirmation. Si nous raisonnons, nous trouvons dans les cas de responsabilité plurale ordinaire deux règlements de compte. Le premier intervient entre le responsable que le lésé a pris à partie et ce dernier, le second entre les deux responsables. C'est ce second règlement que le Tribunal fédéral qualifie d'interne.

Que se passe-t-il maintenant en cas de responsabilité concomitante ?

Dans cette éventualité, la qualité de lésé et celle de responsable se trouvent réunies sur la tête d'une seule personne. Il n'y aura, dès lors, qu'un seul règlement; s'agira-t-il du premier ou du second ? Le Tribunal fédéral choisit le premier, nous le second, car seul le second est le décompte final, le premier n'a qu'un caractère provisoire et n'a pour but que l'indemnisation du lésé, non la répartition définitive du dommage entre les responsables. La conséquence de cette erreur dans le choix de l'article applicable apparut d'emblée au Tribunal fédéral; elle l'obligeait à admettre l'indemnisation totale du détenteur lésé, conformément à l'article 37 LFC, à moins que l'autre détenteur ne fasse la preuve d'une faute grave ou légère de sa partie adverse. Dès lors, suivant les circonstances, et en particulier en l'absence de preuve, chacun des détenteurs intéressés avait le droit d'être indemnisé entièrement de son dommage corporel ³. C'est pour ne pas arriver à cette solution que le

¹ Op. cit., p. 161.

² RO 68/II, p. 120; SJ 1942, p. 585; JT 1942, p. 468.

³ Strebel : op. cit., Rem. 6 ad art. 39 LFC.

Tribunal fédéral fit appel au principe de la compensation des risques. Il s'agit là, pensons-nous, d'un détour non seulement inutile, mais encore erroné dont il était facile de faire l'économie en appliquant directement l'article 38 LFC, ce que préconisait du reste Strebel ¹. Mais pour quel motif écarter cette disposition comme l'a fait le Tribunal fédéral ? Nous ne voyons pas d'autre raison que le désir d'échapper au principe de la répartition du dommage selon les fautes ou, éventuellement, par parts égales. La prise en considération des risques élargit le pouvoir d'appréciation du juge et lui permet d'atténuer ce qui, dans l'application de la responsabilité délictuelle, pourrait choquer son sens de l'équité ou l'empêcherait de faire un geste social. Nous nous permettrons toutefois d'exprimer l'avis que la distinction qui est faite entre la responsabilité de deux détenteurs à l'égard d'un tiers et la responsabilité de deux détenteurs pour le dommage subi par l'un d'entre eux, ne se défend pas plus sur le terrain de la justice que sur celui de la logique. Une simple comparaison suffira à l'établir. Admettons que lors d'une collision entre un camion et un vélo-moteur le passager du camion, par un hasard extraordinaire, soit grièvement blessé et subisse un dommage dépassant le montant maximum de l'assurance responsabilité civile du cycliste motorisé. L'assureur du camion paiera et se retournera contre le coresponsable qui devra le rembourser intégralement, si le chauffeur du camion n'a pas commis de faute et si lui-même en a commis une, ne serait-ce qu'une faute légère (art. 38 LFC). Prenons au contraire la même collision en posant cette fois comme hypothèse que le cycliste motorisé a seul été blessé. Puisqu'il n'a commis qu'une faute légère et que les risques en cause ne sont pas égaux, il aura droit, conformément aux principes énoncés par le Tribunal fédéral, à une indemnisation partielle ². Nous avons quelque peine à imaginer qu'il soit possible de donner une explication satisfaisante de cette différence de traitement.

III. Conclusion.

Notre conclusion est qu'il n'est possible juridiquement de justifier une prise en considération des risques pour aucune des responsabilités causales où il existe des dispositions légales réglant les recours entre responsables de même catégorie (art. 38 LFC, art. 30 Loi concernant les installations électriques). En effet, ces textes consacrent la primauté de la

¹ Op. cit., Rem. 6 ad art. 39 LFC.

² RO 68/II, p. 122; SJ 1942, p. 586; JT 1942, p. 468.

faute, l'argument selon lequel ils présupposeraient des risques égaux ¹ nous semblant contraire à la réalité. Or cette primauté, pour des raisons de logique et de justice, doit se manifester aussi bien en ce qui concerne la responsabilité concomitante que la responsabilité concurrente. Le seul champ qui demeure théoriquement libre à la prise en considération des risques est celui des responsabilités causales qui ne sont soumises à aucune disposition expresse en ce qui concerne les recours entre responsables de la même catégorie. Dans ce cas, le juge tranche selon sa libre appréciation, puisque l'article 51 CO n'est pas applicable et il lui est loisible d'opérer une répartition proportionnelle aux risques. Un tel partage a des chances, cependant, de choquer le bon sens, car il suffirait de la moindre faute du responsable, dont le risque est proportionnellement le plus petit, pour que l'on retombe dans l'éventualité réglée par l'article 51 CO et que le dit responsable soit tenu de prendre à sa charge le dommage total. C'est pourquoi nous sommes d'avis que, même dans le cas où le recours échappe à l'article 51 CO, il serait plus conforme à l'esprit de la loi de ne pas tenir compte du risque et d'opérer une répartition du dommage par parts égales comme le propose du reste Oser ², ce qui correspondrait à la solution choisie par l'article 38 LFC pour le partage du dommage entre détenteurs de véhicules à moteur.

Nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si du point de vue social le maintien de la primauté de la faute se justifie en matière de responsabilité causale ou si au contraire la notion du risque devrait être combinée avec celle de faute en établissant entre elles une égalité complète ou seulement une certaine égalité. Il s'agit là de problèmes dont l'ampleur dépasse le cadre dans lequel nous évoluons; nous en dirons simplement quelques mots pour clore ce chapitre. Ce que nous croyons, par contre, avoir démontré, c'est qu'une prise en considération du risque au même titre que la faute est inconciliable avec notre système légal actuel qui est fondé entièrement sur la primauté de la faute. Il est facile de répliquer en rappelant que le droit n'est pas une construction rigide et immuable, mais qu'il doit évoluer en s'adaptant aux tendances de l'heure et en particulier à l'évolution sociale. Il y a de nombreux cas de dispositions légales qui sont interprétées actuellement d'une autre manière qu'à leur origine, parce que précisément ce travail d'adaptation est la tâche des tribunaux. Ceci est parfaitement exact, mais il s'agit avant tout d'une question de mesure. En effet, s'il est normal et nécessaire que le juge interprète la loi dans le sens le plus conforme aux

¹ Oftinger, p. 266 et 960.

² Op. cit., Rem. 19 ad art. 51 CO.

tendances du jour, on ne peut prétendre que c'est encore appliquer un texte que de lui donner un sens opposé à celui que l'on doit normalement comprendre. Un tel excès d'appréciation est d'autant plus dangereux que notre droit ne connaît pas la force obligatoire des précédents, de telle sorte que le tribunal qui a tranché dans un sens aujourd'hui est absolument libre de dire le contraire demain. Cette trop grande liberté à l'égard de la loi et envers sa propre jurisprudence a pour conséquence une insécurité complète. Celui qui se prévaut de telle ou telle interprétation donnée par le Tribunal fédéral n'est jamais sûr que si le cas lui est soumis à nouveau cette autorité le tranche dans le même sens que précédemment. De même celui auquel la jurisprudence est défavorable peut toujours caresser l'espoir d'en obtenir le renversement. On ne saura jamais combien de procès inutiles auraient été évités si les parties avaient su par avance que les tribunaux, tout en n'étant pas sourds à la voix de l'équité, se considèrent, en premier lieu, comme chargés et tenus d'appliquer la loi.

La seule solution valable quand une loi ne donne plus satisfaction est de la modifier, les interprétations douteuses ne sont que des oreillers de paresse. Elles empêchent même qu'il soit porté remède au mal lui-même, puisqu'elles en atténuent les conséquences.

Cette digression avait pour but de motiver notre conclusion sur le problème du risque. Dans le système de responsabilité civile créé par le CO, le risque n'a qu'une fonction subsidiaire et la primauté de la faute s'y trouve consacrée. Si l'on estime que le risque doit être mis sur le même pied que la faute, voire l'emporter sur elle, il n'y a qu'une solution valable : modifier le code. Nous doutons cependant que l'on trouve là la solution du problème social que pose la survenance de dommages. Si tous les dommages, corporels au moins, doivent être indemnisés, il faut choisir une autre voie que celle de la responsabilité civile et recourir à la couverture directe de ces dommages par l'assurance. Nous reviendrons postérieurement sur ce sujet.

§ 2. *Responsabilité causale et faute de la victime ou d'un tiers.*

Un problème voisin de celui que nous venons de traiter se pose lorsque le dommage est dû simultanément à un fait entraînant une responsabilité causale et à une faute de la victime ou d'un tiers (responsabilité plurale).

Nous avons déjà étudié cette situation dans un chapitre précédent, et n'en retiendrons maintenant qu'un des aspects particuliers.

Ainsi que nous l'avons vu ¹, la doctrine et le Tribunal fédéral ² ont admis qu'il fallait appliquer aux responsabilités causales des articles 55, 56 et 58 CO le principe énoncé à l'article 44 CO selon lequel le juge peut réduire ou supprimer les dommages-intérêts si des faits dont le lésé répond ont contribué à créer le dommage. Il y a tout lieu d'admettre dans ces conditions que lorsqu'une responsabilité causale du type des articles 55, 56 et 58 CO se trouvera en concours avec une faute du lésé, le juge réduira les dommages-intérêts sans débouter totalement ce dernier, à moins, bien entendu, que sa faute ne soit grave. Toutefois, en tranchant de la sorte, il crée un conflit entre sa décision et celle qu'il prendrait sur la base de l'article 51 CO si le fautif n'était pas le lésé, mais un tiers dont le comportement aurait contribué à produire le dommage. Ce résultat divergent est dû au fait que l'article 51 CO fait, en principe, prédominer la faute sur toutes les autres causes possibles d'un dommage. Cette circonstance démontre, semble-t-il, que lors de l'introduction de l'article 51 dans le CO, le législateur n'a pas envisagé toutes les conclusions qu'il convenait d'en tirer.

Le but de cette remarque était de souligner qu'il existe un manque de coordination entre l'article 51 CO et l'article 44 CO, ou tout au moins quant à l'interprétation qui est donnée à ces deux règles, qui devraient, en bonne logique, conduire à des résultats identiques. Il y a là une contradiction à laquelle il conviendrait de remédier. L'élimination de ce conflit peut être obtenue d'abord par une interprétation de l'article 44 CO dans le sens de l'article 51 CO. Cela signifierait que la faute légère suffit, en principe, à faire disparaître la responsabilité causale. Une seconde solution consisterait à modifier ou à supprimer l'article 51 CO lui-même, son texte étant trop clair, nous semble-t-il, pour autoriser une interprétation conduisant à l'abandon de la primauté de la faute qu'il avait précisément pour but de consacrer.

§ 3. *La preuve libératoire.*

Puisque nous sommes en train d'examiner certains principes du droit suisse en matière de responsabilité causale, il est normal que nous nous arrêtions à la question de la preuve libératoire.

¹ Voir *supra*, p. 134 ss.

² RO 64/II, p. 439; SJ 1939, p. 510; JT 1939, p. 461.

I. *Les textes légaux.*

Les textes instituant les preuves libératoires sont très divers quant à leur forme et leur contenu. Certaines dispositions libèrent le responsable en cas de faute du lésé ou d'un tiers, sans préciser s'il s'agit de faute grave ou légère, ce qui laisse supposer que la faute légère suffit¹. D'autres exigent la faute grave du lésé en admettant par contre que la faute légère d'un tiers suffit à entraîner la libération². L'article 37 LFC n'admet, par contre, la libération totale du détenteur que si la faute de la victime ou celle du tiers sont graves. D'autres dispositions prévoient que le responsable sera exonéré de sa responsabilité s'il établit certaines circonstances libératoires, cela indépendamment du fait que le lésé ait ou n'ait pas commis de faute. C'est le cas des articles 55 et 56 CO, de l'article 333 CCS.

Ces différences sont plus le fruit du hasard que la manifestation de la volonté d'établir une échelle de valeurs entre les diverses responsabilités causales. Nous ne voyons pas, par exemple, pourquoi la faute légère d'un tiers est propre à libérer une entreprise électrique, alors que celle de la victime doit être grave pour arriver à ce même résultat, tandis que l'exonération du détenteur de véhicule automobile est subordonnée à la faute grave de la victime ou d'un tiers.

II. *La jurisprudence.*

La jurisprudence a, dans certains cas, contribué à augmenter la confusion. Par exemple, rien ne laisse supposer, en comparant le texte de l'article 333 CCS avec celui de l'article 55 ou de l'article 56 CO, que la preuve libératoire ouverte par le premier est de nature différente de celle instituée par le second. Il n'empêche que le Tribunal fédéral a décidé, contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine³, que le père de famille ne répond que de ses propres fautes et non de celles des personnes qu'il commet à la conduite de son ménage⁴.

Dans d'autres situations, le Tribunal fédéral a atténué les contradictions qui apparaissent à la comparaison des textes instituant des responsabilités causales.

¹ Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, art. 1.

² Loi concernant les installations électriques, art. 27.

³ Egger: *Familienrecht*, Rem. 14 ad art. 333 CCS; Silbernagel: *Familienrecht*, Rem. 17 ad art. 333 CCS; Oftinger, p. 599-601.

⁴ RO 70/II, p. 138; SJ 1945, p. 102.

Ainsi l'article 1 de la Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer prévoit que l'entreprise est libérée de sa responsabilité si elle prouve que le dommage est dû à une faute de la victime, sans exiger qu'il s'agisse d'une faute grave. Toutefois, l'article 5 de la même loi précise que, si l'accident est dû en partie à une faute de la victime, le juge peut réduire proportionnellement l'indemnité. En prenant pour base de son raisonnement cette disposition ¹, le Tribunal fédéral dégagea le principe que la faute de la victime n'exclut la responsabilité de l'entreprise de chemin de fer que lorsqu'elle constitue, sinon la cause exclusive du dommage, du moins sa cause prépondérante, à tel point qu'en comparaison d'elle la cause due au risque inhérent à l'exploitation ne peut entrer en ligne de compte ².

Une telle jurisprudence restreint considérablement l'importance de la faute légère de la victime comme circonstance libératoire en matière d'accidents causés par les chemins de fer. La situation qu'elle crée n'est pas très éloignée de celle qui existe en matière d'accidents dus à l'emploi de véhicules à moteur.

Il n'en demeure pas moins que l'on devrait procéder à un examen comparatif de toutes les preuves libératoires, pour que celles qui ont le même contenu soient exprimées en des termes identiques et que toutes les différences de forme qui ne correspondent pas à des différences de fond soient éliminées.

Cette œuvre d'unification nous paraît d'autant plus nécessaire que nous ne pouvons admettre l'opinion d'Oftinger selon laquelle la qualification de la faute, grave ou légère, n'aurait qu'une valeur purement indicative et ne ferait que préciser l'intensité causale que doit revêtir l'intervention du lésé pour entraîner la rupture de la causalité entre le risque que le responsable assume et le dommage ³. Cette affirmation nous paraît erronée, elle est une manifestation de la tendance d'Oftinger qui consiste à ramener, autant que possible, la réparation des dommages en matière de responsabilité civile à une opération de compensation entre deux ou plusieurs patrimoines, les proportions de cette répartition étant fournies par l'intensité plus ou moins considérable du rapport de causalité existant entre le comportement de chacun des intéressés et la survenance du dommage.

La théorie que nous combattons est séduisante en raison précisément de l'incohérence des dispositions légales régissant la preuve libératoire et la faute concomitante en matière de responsabilité causale. On ne peut

¹ RO 33/II, p. 24.

² RO 63/II, p. 119; SJ 1938, p. 143; JT 1937, p. 473; RO 75/II, p. 73; SJ 1949, p. 462.

³ p. 89.

toutefois pallier ce défaut en usant d'un remède pire que le mal. Notre droit réserve une place importante à la faute; ce n'est peut-être pas la première, comme le soutiennent les partisans de la primauté de la faute, mais contester son importance serait une erreur plus considérable encore. La faute et le rapport de causalité sont deux facteurs de la responsabilité civile, ils peuvent être présents indépendamment l'un de l'autre ou se combiner, mais n'ont pas de dénominateur commun. Il s'agit de deux notions de natures différentes. La faute a un caractère subjectif, qualifie l'attitude morale d'une personne. Le rapport de causalité est, lui, d'ordre objectif. Il s'agit du lien établi par le raisonnement entre divers événements, certains d'entre eux étant considérés, d'après l'expérience, comme propres à entraîner la survenance des autres. Plus un fait sera susceptible d'en engendrer un autre, plus le rapport de causalité entre eux sera étroit, plus la causalité sera intense. La situation de la personne qui a créé le premier fait est sans importance aucune. Son attitude pourra être licite ou illicite, peu importe, cette qualification est indifférente. Sur le terrain de la causalité, une faute grave n'augmentera pas plus l'intensité de la causalité qu'une faute légère ne la fera disparaître. Il y a deux plans: le terrain des faits, où doit être tranchée la question de la causalité ou de l'absence de causalité, et le plan moral, où il conviendra de se prononcer quant au caractère licite ou coupable d'un comportement humain. La causalité est présente partout, aussi bien dans la graine qui germe pour donner un arbre, que dans l'accident d'automobile dû à un excès de vitesse; la faute, elle, ne peut exister que là où se trouve un homme qui agit en contravention avec certaines règles ou qui n'agit pas alors qu'il a le devoir de le faire.

La conséquence logique de notre argumentation est que, contrairement à Oftinger qui n'accorde aucune importance particulière à l'énoncé des preuves libératoires, nous devons leur vouer le meilleur de notre attention. Il faut, et c'est la tâche du législateur plus que celle des tribunaux, arriver à régler d'une façon satisfaisant l'équité générale la mesure de faute concomitante propre à entraîner la libération du responsable dans chaque cas de responsabilité causale. A cette occasion, le rôle de la faute d'un tiers devrait, lui aussi, être précisé. Nous sommes d'avis, quant à nous, que la faute du tiers ne devrait plus être considérée comme une circonstance libératoire, ceci pour éliminer une distinction sans fondement suffisant entre les règles du droit commun et certaines responsabilités causales.

§ 4. *Les clauses d'exclusion de la responsabilité.*

C'est un problème sur lequel il y aurait également beaucoup à dire. Nous avons tenté de donner un aperçu rapide de cette question dans le chapitre consacré à la preuve libératoire. Dans le cadre de ces conclusions, nous nous bornerons à revenir sur la situation du responsable causal lorsque la victime usait gratuitement de la chose qui a causé son dommage. La seule disposition du droit suisse qui règle expressément cette situation est l'article 37 alinéa 4 de la LFC, qui prévoit que lorsque le lésé est transporté gratuitement dans le véhicule et que le détenteur n'a commis aucune faute, le juge peut réduire ou supprimer l'indemnité. La jurisprudence française est encore plus restrictive à l'égard de la personne transportée bénévolement et lui interdit d'invoquer la responsabilité de plein droit de l'article 1384 CCF, tout en la laissant libre de rendre le transporteur bénévole responsable d'une faute prouvée, si légère soit-elle ¹.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt portant sur l'application de la Loi fédérale sur la chasse, laisse entendre que le législateur aurait introduit par le truchement de l'article 37 alinéa 4 LFC un principe général pouvant s'appliquer à d'autres sujets de droit que le passager d'un véhicule à moteur, notamment à une personne invitée à la chasse ². Ce considérant a été critiqué par Des Gouttes qui voit en lui « une charge de dynamite prête à faire sauter l'édifice laborieusement échafaudé de la responsabilité causale » ³! Ce pessimisme paraît quelque peu exagéré, car Oftinger lui-même, qui ne peut être taxé de faire à la légère des dérogations à la responsabilité causale, considère sans autre l'usage bénévole comme une cause de réduction ou de suppression de l'indemnité. Il est d'avis, à ce propos, que le principe énoncé par l'article 37 alinéa 4 LFC est applicable de façon générale ⁴.

Nous nous demandons, pour notre part, s'il ne convient pas d'aller encore plus loin et de considérer, comme l'a fait le Tribunal supérieur du Canton d'Argovie à propos du transport gratuit au moyen d'un animal, que la responsabilité causale du détenteur doit être considérée comme exclue dans un cas de ce genre en vertu des règles de la bonne foi ⁵.

Il convient d'observer à cet égard que si l'on veut raisonner à l'aide du principe des profits et des risques cher aux partisans de la responsabilité causale, il est difficile d'arriver à une autre solution. S'il y a usage

¹ Savatier: op. cit., p. 169.

² RO 69/II, p. 268; JT 1943, p. 616.

³ JT 1944, p. 108.

⁴ p. 210; 297, note 251.

⁵ SJZ 22, p. 89.

gratuit, en effet, celui qui tire profit de la chose n'est autre que l'emprunteur. Suivant les circonstances du cas, on devra même admettre qu'il endosse la responsabilité pour les dégâts causés par la chose à des tiers, ainsi qu'il devient, par exemple, détenteur de l'animal prêté. Mais même si ce transfert de la responsabilité à l'égard des tiers n'intervient pas, l'usager bénévole n'est pas dans la situation de n'importe quelle victime. Celui qui fournit obligeamment un service gratuit n'entend pas se lier à une vigilance égale à celle qu'il assumerait contre salaire, ou se soumettre à une responsabilité aussi stricte que celle édictée par la loi. Et l'autre partie, qui accepte le service comme un cadeau, ne songe pas davantage à exiger de l'ami complaisant une garantie, une diligence qu'elle demanderait à un contractant rémunéré par elle ¹. Lorsque le service gratuit est rendu avec le consentement ou sur la demande de celui qui en profite, il y a conclusion d'un contrat, contrat de prêt à usage, de transport, etc. En recherchant dans ces conventions l'intention des parties, on devra souvent conclure à l'existence d'une clause tacite d'exclusion de la responsabilité légale. La responsabilité de celui qui rend un service bénévole devra, dès lors, être appréciée d'après les circonstances et principalement à la lumière de l'article 99 alinéa 2 CO qui précise que « la responsabilité du débiteur est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire; elle s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur ».

Dans l'hypothèse de l'usage gratuit, il est normal de présumer que la volonté des parties était de déroger à la responsabilité causale pour y substituer la responsabilité particulière correspondant au type de contrat passé entre elles, prêt, transport, etc. En définitive, nous pensons que l'opinion du Tribunal supérieur du Canton d'Argovie, selon laquelle la responsabilité causale doit être exclue dans les cas de ce genre en vertu des règles de la bonne foi ² doit être préférée à l'avis d'Oftinger, bien qu'elle soit exprimée d'une façon un peu trop catégorique et que certaines exceptions puissent se justifier. L'application par analogie de l'article 37 alinéa 4 LFC ne nous paraît pas suffisante, puisque cette disposition laisse au juge le soin de réduire ou de supprimer l'indemnité en cas de transport gratuit ³, alors qu'en réalité la suppression totale devrait être la règle et la réduction l'exception.

Nous remarquerons en terminant sur ce point, que le débat autour du transport gratuit fait surgir une question d'ordre général fort intéressante: celle de savoir si le juge peut, ou doit éventuellement, extraire

¹ Savatier: op. cit., p. 163.

² SJZ 22, p. 89.

³ Oftinger, p. 210; 597, note 251.

d'une loi spéciale un principe général applicable à d'autres situations analogues. Ce problème que pose l'article 37 alinéa 4 LFC en matière de transport gratuit se rencontrera à nouveau en ce qui concerne l'indemnité en réparation du tort moral, que l'article 42 LFC ne prévoit qu'en cas de faute du détenteur ou d'une personne dont il répond, alors que le droit commun ne mentionne pas cette condition. On ne peut, à notre avis, résoudre cette question équitablement qu'en opérant une comparaison entre les deux responsabilités causales envisagées, celle à laquelle l'emprunt du principe doit être fait et celle à laquelle on envisage de l'appliquer. Cet examen peut se baser, pensons-nous, de façon générale sur les deux catégories de responsabilités causales distinguées par Oftinger¹ : les responsabilités causales ordinaires et les responsabilités fondées sur le risque. Logiquement la réglementation en matière de responsabilité fondée sur le risque doit être plus sévère que celle régissant les responsabilités causales ordinaires. Dès lors, s'il existe dans une responsabilité fondée sur le risque un principe limitant dans certains cas les obligations du responsable, ce principe doit pouvoir être appliqué aussi sur le terrain de la responsabilité causale ordinaire à moins, bien entendu, qu'une disposition expresse ne prévoie une autre solution. On ne peut, par contre, envisager d'appliquer à une responsabilité causale ordinaire, qui ne règle pas la question, une disposition d'une responsabilité fondée sur le risque qui mettrait le responsable dans une position moins favorable que celle dont il bénéficie sur le terrain du droit commun.

Pour concrétiser notre pensée, nous ferons appel à deux exemples. L'article 42 LFC subordonne l'octroi d'une indemnité en réparation du tort moral à l'existence d'une faute. La question n'est, par contre, pas réglée de façon expresse en ce qui concerne les responsabilités des articles 54, 55, 56 et 58 CO. Il n'est pas contesté, d'autre part, que la responsabilité du détenteur de véhicule automobile est classée parmi les responsabilités fondées sur le risque², tandis que celles des articles 54, 55, 56 et 58 CO sont considérées comme des responsabilités causales ordinaires³. Dès lors, la logique voudrait que l'on exigeât également la présence d'une faute pour accorder une indemnité en réparation du tort moral dans les responsabilités des articles 54, 55, 56 et 58 CO. Or, comme nous l'avons relevé⁴, le Tribunal fédéral a choisi la solution inverse.

Le second exemple est celui du transport gratuit. L'article 37 alinéa 4 LFC laisse au juge le soin de décider s'il y a lieu d'accorder dans de

¹ p. 14 ss.

² Oftinger, p. 15.

³ Oftinger, p. 17.

⁴ Voir *supra*, p. 34.

pareilles circonstances une réparation partielle du dommage ou de refuser toute indemnité. Ainsi que nous venons de le voir, Oftinger estime qu'il y a là un principe général applicable à toutes les responsabilités causales et en particulier à celle du détenteur d'animal ¹. Nous ne partageons pas ce point de vue parce que la responsabilité du détenteur d'animal est moins stricte que celle du détenteur de véhicule automobile et que, dès lors, l'effet libératoire du transport gratuit doit être plus marqué sur le terrain de l'article 56 CO que sur celui de l'article 37 LFC. L'application par analogie dans une telle situation se heurte, à notre avis, à l'échelle des valeurs qu'Oftinger a lui-même établie entre les diverses responsabilités causales.

§ 5. *La réparation du tort moral.*

Ainsi que nous l'avons signalé en passant, la question de la réparation du tort moral ne nous paraît pas réglée de façon satisfaisante par l'interprétation que donne le Tribunal fédéral aux diverses dispositions applicables en matière de responsabilité causale. Nous avons déjà souligné que le point de vue défendu par lui dans l'arrêt Richter contre Lienhard-Meier ² nous paraît contraire à la logique et à l'équité ³. Il nous semble impossible de démontrer à l'aide d'un raisonnement valable que le détenteur d'animal, par exemple, peut être tenu de payer une indemnité en réparation du tort moral, même sans faute de sa part, alors que tel n'est pas le cas en ce qui concerne le détenteur d'automobile.

§ 6. *L'assurance responsabilité civile.*

I. *Son influence.*

Notre système de responsabilité causale repose sur une fiction économique. Le responsable est tenu de réparer le dommage qu'il cause dans les circonstances prévues par la loi. En réalité, cependant, dans la très grande majorité des cas, l'indemnité ne provient pas de son patrimoine, mais de celui d'un tiers, l'assureur responsabilité civile. C'est ce dernier qui, en fait, discute avec la victime, paie ou soutient le procès sous le nom de son assuré, dont il choisit le mandataire judiciaire. Le lésé n'a toutefois aucun rapport juridique avec l'assureur, à l'exception du cas où la

¹ p. 210; 597, note 251.

² RO 74/II, p. 212 ss; JT 1949, p. 517.

³ Voir *supra*, p. 35.

loi lui confère expressément un droit direct contre le dit assureur (art. 49 LFC). L'article 60 LCA lui accorde seulement un droit de gage sur l'indemnité due au preneur d'assurance. Si l'assureur intéressé se refuse à exécuter un jugement prononcé contre son assuré, le lésé doit poursuivre sa partie adverse et demander la réalisation du gage, ce qui peut entraîner un second procès, contre l'assureur cette fois.

En dépit de cette circonstance, la pratique de l'assurance responsabilité civile a exercé une influence considérable sur le développement de la responsabilité causale. Comme le relève très justement Savatier, « une course, pour ainsi dire indéfinie, s'est établie entre l'assurance et la responsabilité. Chaque nouvelle extension de la responsabilité invite à s'assurer plus complètement contre des responsabilités éventuelles, même non encore reconnues, et chaque nouvelle extension de cette assurance de précaution pousse les tribunaux à affirmer l'existence de la responsabilité, du moment que celle-ci a été assurée. » ¹

« Instinctivement, relève Méan, les juges sont enclins à se demander quelles sont les parties au bénéfice d'une assurance et à les désigner comme juridiquement responsables, soit qu'ils appliquent avec rigueur les règles de la pure causalité, soit qu'ils caractérisent comme faute des faits d'une portée insignifiante ou qu'ils minimisent par trop les propres fautes du lésé. » ²

Ces deux citations nous paraissent donner un raccourci suggestif de la situation actuelle. Pendant des siècles, l'aspiration de toutes les âmes bien nées a été que le droit soit le même pour tous, que la justice soit rendue sans acception de personne, que les droits du pauvre soient reconnus comme ceux du riche. Actuellement cet idéal, après avoir été à peu près atteint, a été dépassé si l'on envisage qu'il y a eu progrès, ou abandonné si l'on n'entend pas prendre parti quant à la valeur que représente ce changement. La loi et les tribunaux ne cherchent plus à déterminer qui, du point de vue moral, a commis un acte répréhensible, mais qui des deux intéressés sera le mieux à même de supporter le dommage, la question des responsabilités ayant encore une importance plus ou moins grande suivant les cas, sans toutefois jouer le rôle essentiel qu'elle remplissait auparavant.

Dans cette nouvelle conception de la justice, l'existence d'une assurance couvrant un éventuel responsable est primordiale, puisqu'elle permettra d'indemniser le lésé, sans pour cela appauvrir le responsable. S'il n'y avait pas le tiers-payeur, les tribunaux reculeraient souvent devant une condamnation qui ruinerait irrémédiablement ou risquerait de com-

¹ Op. cit., p. 365.

² JT 1949, p. 241.

promettre gravement la position de celui qui, tout comme le lésé, doit être considéré bien souvent comme la victime de circonstances fortuites ¹. L'intervention du juge dans ce cas ne ferait finalement que substituer une victime à une autre ².

Nous relevons enfin que cette influence de l'assurance responsabilité civile s'étend aussi bien à la responsabilité délictuelle qu'à celle fondée sur le risque. On doit même dire que son intervention est encore plus lourde de conséquences en ce qui concerne la première. La responsabilité fondée sur le risque vise à rétablir un équilibre entre deux patrimoines intéressés par la survenance d'un événement. L'assurance responsabilité civile ne fait qu'introduire dans le débat un troisième élément à caractère patrimonial, comme les deux premiers. S'il s'agit, par contre, de l'assurance d'une faute, elle modifie, comme le relève justement Savatier, les éléments moraux de la responsabilité ³. Elle fait disparaître la sanction de l'obligation morale imposée à tout homme d'observer certaines règles de prudence à l'égard d'autrui.

II. *Critique de la réglementation actuelle.*

Nous espérons, par le rapide exposé ci-dessus, avoir mis en relief l'importance de l'assurance de la responsabilité civile. Cela nous permet d'affirmer maintenant que son fonctionnement est réglé de façon absolument incomplète par le droit suisse. Nous avons étudié dans un chapitre précédent ⁴ la situation de l'assureur responsabilité civile qui a indemnisé le lésé et entend recourir contre un coresponsable. Or ce n'est qu'à une date toute récente que le Tribunal fédéral a examiné cette question, de première importance pourtant ⁵. Les solutions à des problèmes généraux de ce genre devraient plutôt être apportées par la voie législative. Etant donné l'extension prise par l'assurance responsabilité civile, il vaudrait la peine de reprendre l'ensemble de la question et de régler les modalités de fonctionnement de cette assurance en complétant à cet égard la loi du 2 avril 1908. Une innovation utile consisterait à instituer un droit direct du lésé contre l'assureur responsabilité civile, ce qui permettrait de supprimer le détour inutile du droit de gage. S'agissant toutefois d'assurances volontaires et non obligatoires, comme celle du détenteur de véhicule automobile, le lésé ne mesurerait pas plus de droits que l'assuré et pourrait se voir opposer toutes les exceptions que l'assureur posséderait en vertu

¹ JT 1949, p. 241.

² Savatier: op. cit., p. 365.

³ Savatier: op. cit., p. 365.

⁴ Voir supra, p. 175.

⁵ Helvetia c. Oppliger: RO 79/II, p. 407.

du contrat. Une telle solution amènerait une clarté qui fait souvent défaut dans les débats judiciaires, auxquels elle enlèverait le caractère d'un combat par personnes interposées. Il est certain, en effet, que dans la plupart des procès où un assureur se trouve intéressé, le lésé cherche à atteindre ce dernier, les juges souvent aussi, de telle sorte que l'assuré n'est plus réellement une partie en cause.

La connaissance de cette circonstance, existence ou inexistence d'une assurance responsabilité civile, que donnerait le droit direct, permettrait de comprendre, ce qui représente aussi un avantage, certaines jurisprudences qui, lorsque l'on ignore cet élément, paraissent quelque peu étonnantes. Puisque les tribunaux sont susceptibles de trancher différemment deux cas semblables, en raison de l'absence ou de la présence d'un assureur derrière un responsable, il serait bon que l'on sache laquelle de ces éventualités se trouve réalisée dans l'arrêt que l'on consulte.

§ 7. *Remarques finales.*

Nous venons de formuler une série de remarques sur certains aspects du droit suisse en matière de responsabilité civile qui nous ont particulièrement frappé au cours de notre étude. Pour clore cet ouvrage, il est normal de se demander quel jugement doit être porté sur le système lui-même et quelles sont ses possibilités d'évolution dans l'avenir.

I. Le système suisse de responsabilité civile.

Notre droit est fondé sur le principe de la faute dont l'existence doit être établie par le lésé. Diverses dérogations plus ou moins importantes ont été apportées au cours des années à cette règle de base. Ces modifications ont été faites sans plan précis et sans que l'on ait été suffisamment soucieux de les coordonner avec ce qui existait déjà. Les conséquences, même prévisibles, de l'introduction de ces normes n'ont pas été envisagées avec suffisamment de soin. La doctrine et la jurisprudence se débattent dans ce chaos avec plus ou moins de bonheur pour tenter de dégager quelques principes généraux. Elles y réussissent parfois; dans d'autres cas, au contraire, leur intervention, loin d'écarter les ténèbres, ne fait que les épaissir. Il en résulte une insécurité du droit suffisamment accentuée pour porter préjudice aux justiciables.

II. *Comparaison entre le droit suisse et le droit français en la matière.*

A la situation que nous venons de rappeler, nous pouvons opposer l'évolution qui s'est produite en France. La jurisprudence de ce pays, appuyée par une partie de la doctrine, a créé une responsabilité causale de caractère général pour le dommage causé par *le fait d'une chose*¹ en interprétant de façon manifestement arbitraire l'article 1384 alinéa 1 du Code civil. A ce *fait de la chose* correspondait le *fait de l'homme* et à partir de cette distinction se traçait la frontière entre la responsabilité causale et la responsabilité délictuelle¹. Mais la jurisprudence n'en demeura pas là. En raison particulièrement de la multiplication des accidents d'automobiles et de l'existence de l'assurance responsabilité civile², la Cour de cassation vint finalement affirmer la responsabilité de plein droit du gardien de toute chose inanimée, même mue directement par la main de l'homme, indépendamment des dangers impliqués par l'usage de cette chose³. En cas de conflit avec la responsabilité délictuelle, en particulier sous la forme de la faute concomitante, les tribunaux, après avoir considéré pendant longtemps que la faute l'emportait sur le risque⁴, finirent par admettre qu'une responsabilité qui se rattache au risque prenait le même rang que celle issue de la faute⁵.

Arrivé à ce dernier stade de son évolution, le droit français possède un système absolument cohérent de responsabilité civile fondé sur les deux principes du risque et de la faute auxquels, en théorie du moins, une valeur égale est attribuée. En fait toutefois, la faute a vu minimiser son importance par rapport au risque. Cette constatation est principalement valable pour les accidents d'automobiles, où les tribunaux se trouvent exposés à la tentation de ne pas découvrir les fautes commises, ce qui leur permettra de faire indemniser intégralement chacune des victimes par l'assureur de l'autre⁶. Le droit français, en effet, ne connaît pas le principe de la compensation des risques.

Si nous voulons résumer la situation, nous constatons que le droit français présente sur le droit suisse un avantage réel en raison de sa cohérence en ce qui concerne la responsabilité fondée sur le risque, par rapport à nos divers types de responsabilités causales. Ce système manque, par contre, de nuances puisqu'il soumet à la responsabilité de l'article

¹ Savatier: op. cit., p. 442.

² Savatier: op. cit., p. 444.

³ Savatier: op. cit., p. 445.

⁴ Savatier: op. cit., p. 446.

⁵ Savatier: op. cit., p. 447.

⁶ Savatier: op. cit., p. 450.

1384 alinéa 1 CCF le gardien de toute chose inanimée qu'elle soit dangereuse ou non. Nous ne pensons pas qu'il soit justifié d'appliquer deux responsabilités de nature différente au *fait de la chose inanimée non dangereuse* et au *fait de l'homme*. Le droit suisse en la matière présente plus de souplesse, car le concept de la faute est malléable tandis que celui du risque est rigide; or, dans toute une série d'éventualités où le juge suisse applique la notion de faute, le tribunal français travaille avec celle du risque. Par contre, le droit suisse, en raison de sa création législative incoordonnée, fourmille d'incohérences que le plus strict sentiment de la justice commande d'éliminer, soit par la voie jurisprudentielle, soit par la voie législative.

III. *Faute et risque dans la jurisprudence.*

Si nous voulons encore examiner notre droit sous un autre angle que celui des dispositions légales, sous celui de la jurisprudence, nous ne pouvons considérer que faute et risque soient, à l'heure actuelle, placés sur le même pied. La faute conserve sa primauté bien que cette dernière soit affaiblie. Même dans les cas de responsabilité légale, le juge a tendance à rechercher une faute dans les antécédents du dommage pour attribuer ce dommage à cet acte fautif ¹. Il semble que l'existence d'une responsabilité causale ne lui suffit pas pour justifier moralement la condamnation qu'il prononce. Pour satisfaire à ce besoin de sa conscience, il en vient à imaginer des fautes purement fictives et à donner de cette notion une interprétation par trop extensive. On peut expliquer cette persistance de l'idée de faute soit par le maintien chez les juristes d'une conception dépassée du droit, soit parce que la faute aurait un fondement moral de qualité supérieure à celui sur lequel est édifiée la théorie du risque. L'avenir dira laquelle de ces hypothèses correspond à la réalité. Si le recours à la faute n'est qu'une habitude de raisonner, vestige d'un passé révolu, il disparaîtra dès que les nouvelles règles d'appréciation auront été assimilées. Si au contraire on continue à faire appel à cette notion dans des domaines où elle est superflue, cela démontrera qu'elle possède un dynamisme qui lui est propre, dont la responsabilité fondée sur le risque se trouve dépourvue.

¹ JT 1949, p. 232.

IV. L'évolution future.

A) La tendance sociale.

Il est évidemment très délicat d'émettre des pronostics quant à l'évolution future du droit suisse. Fort probablement, la tendance sociale actuelle, consistant à accorder une couverture la plus large possible du dommage, conduira à un renforcement de la responsabilité causale et à une extension de l'assurance responsabilité civile qui en constitue le complément indispensable. Ce développement est encore possible à l'heure actuelle, mais ce serait se leurrer que de croire que l'on trouvera là le moyen de couvrir tous les dommages qui surviennent. On aura beau remplacer partout la responsabilité découlant de la faute par celle fondée sur le risque, on se heurtera quand même finalement aux règles de la causalité qui, elles, sous une forme ou sous une autre, devront subsister. Dans tout système de responsabilité civile, même celui à base de risque pur, apparaissent des dommages pour lesquels il n'y a pas de moyen de trouver un responsable et qu'on ne peut que laisser à la charge de la victime selon l'adage *casum sentit dominus*. Si une telle situation paraît intolérable du point de vue social, il faut chercher la réparation des dommages autrement que par la voie indirecte de l'assurance responsabilité civile. Il faut les couvrir directement au moyen, par exemple, d'une assurance accidents. On ne ferait alors que répéter en plus grand la transformation qui fut opérée lorsque le régime de l'assurance accidents obligatoire, selon la Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents du 13 juin 1911, fut substitué à celui de la responsabilité civile créée par les Lois des 25 juin 1881 et 26 avril 1887 sur la responsabilité civile des fabricants.

B) La solution de Méan.

Méan nous paraît faire fausse route en préconisant dans son article « De la responsabilité civile à l'assurance accidents »¹ la création d'une assurance obligatoire pour le compte d'autrui en raison des risques spéciaux pour les tiers, qui se substituerait à l'assurance responsabilité civile telle qu'elle est conçue actuellement. Cette assurance laisserait, en effet, à la charge de l'individu le dommage qu'il pourrait se causer par sa propre faute ou qui serait dû à l'action de forces naturelles indépendantes de toute activité humaine². Or il y a de fortes chances que suivant l'évolution sociale, l'on considère comme absolument insupportable que la victime assume seule de pareils risques. Au surplus, on ne

¹ JT 1949, p. 244.

² JT 1949, p. 243.

voit pas très bien comment en pratique les pouvoirs publics pourraient faire respecter l'obligation de s'assurer contre les risques spéciaux qui seraient peut-être malaisés à définir. Les risques spéciaux enfin ne sont pas les seuls à causer des dommages, car toute activité comporte des risques, plus ou moins considérables il est vrai, mais dont les plus minimes finissent toujours par se réaliser, conformément aux lois de la statistique.

C) *L'assurance directe.*

Il nous semble démontré que la seule solution valable est celle de l'assurance directe. Les dommages les plus urgents à couvrir sont ceux résultant de lésions corporelles, ce qui nous conduit à l'assurance accidents obligatoire. Cette dernière paraît inconcevable pour des raisons pratiques sous la forme de l'assurance privée, seul en effet l'Etat peut user de la coercition propre à amener les récalcitrants à se soumettre.

D) *Le socialisme d'Etat.*

Il est probable qu'une fois l'assurance accidents obligatoire généralisée, il paraîtra inéquitable de laisser aux particuliers la charge des dommages matériels pour lesquels aucun responsable n'aura été trouvé. On ne pourra que recourir, une fois de plus, à l'intervention des pouvoirs publics. Toutefois la nationalisation des pertes ne peut être menée à bien que si elle trouve sa compensation naturelle dans la nationalisation des profits. Si l'on veut répartir tous les dommages qui surviennent entre le plus grand nombre de personnes possible, la solution la meilleure sera nécessairement l'étatisation, puisque l'Etat constitue une surface de répartition beaucoup plus large que celle offerte par la plus puissante société privée d'assurances contre les accidents ou la responsabilité civile.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si le socialisme d'Etat est une bonne ou une mauvaise solution. Il s'agit là d'un problème politique qui dépasse largement le cadre de cet ouvrage. Nous estimons pouvoir dire, pour rester sur le plan qui nous intéresse, que si l'on pousse la responsabilité fondée sur le risque logiquement jusqu'à ses conséquences ultimes, l'aboutissement ne peut être que l'étatisation. Juges et commentateurs pourraient de temps à autre méditer avec profit cette idée. Les constructions juridiques édifiées à l'aide de présomptions de responsabilité et mitigées par des preuves libératoires nous font souvent oublier que la responsabilité causale n'est, selon les termes de Ripert, que « la rançon imposée à une richesse apparente ou réelle » ¹.

¹ Savatier: op. cit., préface, p. XIV.

Si nous nous souvenons que l'idée de faute et la notion de réparation que l'on associe au risque sont de natures essentiellement différentes, nous ne les combinerons qu'avec prudence et ne les substituerons l'une à l'autre qu'avec hésitation. Nous ne pouvons, dès lors, pour conclure, que nous associer à la remarque de Ripert que « quand tous les esprits seront convaincus qu'il n'y a rien de commun entre l'idée de responsabilité fondée sur la faute et l'idée de réparation fondée sur le risque, une grande clarté pénétrera le droit civil ¹ ».

¹ Savatier: *op. cit.*, préface, p. XIV.

BIBLIOGRAPHIE

- ACKERMANN, Josef: *Die Wegbedingung der Haftung für Verschulden nach schweiz. Recht*, Diss. Zürich 1931.
- AUBRY, C., et RAU, C.: *Cours de droit civil français*, Paris 1935-1938 (6^e éd.).
- BARDE, Edouard: *Note à propos de la théorie du « risque inhérent »*, SJ 1942, p. 589.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G., et HOUQUES-FOURCADE, M.: *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris 1905-1930.
- BECKER, H.: *Obligationenrecht, Komm. Gmür z. ZGB, Art. 1-183 OR*, Bern 1917 (1^{re} éd.), Bern 1941 (2^e éd.).
- BEUDANT, Ch.: *Cours de droit civil français*, Paris 1934-1953.
- BICHOT, Jacques: *L'autonomie de la responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui devant la jurisprudence contemporaine*, Paris 1933.
- BÖCKLI, Alfred: *Die Billigkeitshaftung des Art. 58 des schweiz. Obligationenrechts*, Diss. Bern 1918.
- BRÜHLMANN, Werner: *Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht*, Diss. Bern 1927.
- BURCKHARDT, C.: *Die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, Zeitschrift für schweizerisches Recht 22, p. 469.
- BUSCH, SCHAFFELD, etc.: *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, Berlin und Leipzig 1923.
- BUSSY, André: *Code fédéral de la circulation*, Lausanne 1933.
— *Responsabilité civile automobile*, Genève 1949.
- ÇAGA, Tahir: *Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche*, Diss. Zürich und Aarau 1939.
- CHAMOREL, Jacques: *La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle*, Thèse Lausanne 1925.
- COSACK, Konrad: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Jena 1922.
- CROME, Carl: *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen und Leipzig 1900-1908.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*, Paris 1923-1932.
- DERNBURG, Heinrich: *Das Bürgerliche Recht*, Halle 1899.
- DES GOUTTES, René, et GAUTIER, Claude: *Du rôle de la faute dans la responsabilité causale*, JT 1940, p. 162 ss.
- EGGER, A.: *Das Familienrecht, Komm. Egger z. ZGB, Band II, Art. 252-359*, Zürich 1943.
- ENDEMANN, P.: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes*, Berlin 1903.

- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Théodor, und WOLFF, Martin: *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg 1923-1925, Tübingen 1952 (14^e éd.).
- FUNK, Fritz junior: *Commentaire du Code fédéral des Obligations*, trad. Porret et Perregaux, Neuchâtel 1930.
- GAROBBO, G.: *Zur rechtlichen Natur des Schadens und der Summenversicherung*, SJB 1945, p. 289 et 329.
- GAUDEMET, Eugène: *Théorie générale des Obligations*, Paris 1937.
- GIOVANOLI, Silvio: *Force majeure et cas fortuit en matière d'inexécution des obligations*, Thèse Genève 1933.
- GRÖNER, Otto: *Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschädigten*, Diss. Zürich 1912.
- GUXE, Robert: *La relation de cause à effet dans les obligations extra-contractuelles*, Thèse Lausanne 1904.
- GUHL, Théo: *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1944 (3^e éd.).
- GUILLIERMOND, A., et MANGENOT, G.: *Précis de biologie végétale*, Paris 1941.
- HÄBERLIN, Fritz: *Das eigene Verschulden des Geschädigten im schweizerischen Schadenersatzrecht*, Diss. Bern 1924.
- HÄMMERLI, Willi: *Das Zürcher Jagdrecht*, Diss. Zürich 1940.
- HARTMANN, Alfred: *Der Regress bei Haftung mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen*, Diss. Bern 1942.
- HEUBERGER, Emil: *Der Tier-, Automobil- und Flugzeughalter im schweizerischen Haftpflichtrecht*, Ab. z. schw. Recht, 101. Heft, Bern 1935.
- HOMBERGER, A.: *Haftpflicht ohne Verschulden*, Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, 1. Heft, Basel 1930.
- HÜPPI, Alfred: *Der Regress des Versicherers im schweiz. Privatversicherungsrecht*, Diss. Freiburg 1924.
- JAEGER, C.: *Zur Interpretation des Art. 39 des Motorfahrzeug-Gesetzes*, SJZ 35, p. 2 ss.
- JOSSERAND, Louis: *Cours de droit civil positif français*, Paris 1939.
- JOST, Arthur: *Der Haftpflichtprozess in der Schweiz*, Bern 1951.
- KISTLER, Wilhelm: *Schweizerisches Bienenrecht*, Diss. Zürich 1944.
- KOENIG, Willy: *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Bern 1951.
- KUHLENBECK, Ludwig: *Das bürgerliche Gesetzbuch*, Berlin 1900.
- LALOU, Henri: *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris 1943.
- LEEMANN, Hans: *Bienenschutz und Schutz gegen Bienenimmission*, SJZ, 33, p. 305 ss.
 — *Sachenrecht, Komm. Gmür z. ZGB*, Band IV, Art. 641-729 ZGB, Bern 1920.
- L'HUILLIER, Laurent: *La responsabilité du propriétaire foncier selon l'art. 679 CCS*, Actes de la Société suisse des juristes, fasc. 1, Bâle 1952.
- MAGHAMI, Abdol-Madjid: *Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile*, Thèse Genève et Téhéran 1953.
- MARTIN, Alfred: *Le Code des Obligations*, Genève 1919.

- MARTIN-ACHARD, Alexandre: *De la réparation pécuniaire du tort moral*, Thèse Genève 1908.
- MAZEAUD, Léon et Henri: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris 1934.
- MEAN, B.: *De la responsabilité civile à l'assurance accident*, JT 1946, p. 226.
- MEIER: *Zur Interpretation von Art. 65 OR*, SJB, Bd. 46, 1910, p. 234.
- OERTMANN, Paul: *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1927-1929.
- OFTINGER, Karl: *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 1940-1942.
- OSER, Hugo, und SCHÖNENBERGER, W.: *Das Obligationenrecht, Komm. Egger z. ZGB*, Art. 1-529 OR, Zürich 1915 (1^{re} éd.); Bd. V, Art. 1-418 OR, Zürich 1929 (1. Teil), 1936 (2. Teil) (2^e éd.).
- PETERMANN, Pierre: *Note sur l'arrêt Inselmini contre La Bâloise*, JT 1945, p. 113.
- PETITPIERRE, Max: *La responsabilité causale*, Actes de la Société suisse des juristes, 1930, fasc. 1, Bâle 1930.
- PLANCK, G.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin 1903-1908.
- PLANIOL, Marcel: *Traité élémentaire de droit civil revu et complété par Georges Ripert*, Paris 1946-1949 (3^e éd.).
- RAHNEMA, Mohsen: *La responsabilité civile pour les dommages causés par les animaux en droit français et en droit anglais*, Thèse Genève 1940.
- RENNEFAHRT: *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 1919.
- RIPERT, Georges: *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris 1936.
— *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris 1935.
- RODIÈRE, René: *La responsabilité civile*, Paris 1952.
- ROSSEL, Virgile: *Manuel du droit civil suisse*, Lausanne 1911.
- ROTHENHÄUSLER, Carl: *Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schweiz. Zivilrecht*, Diss. Zürich 1919.
- RUTSAERT, Josef: *Le fondement de la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris et Bruxelles 1930.
- SAVATIER, René: *Traité de la responsabilité civile*, Paris 1939.
— *Cours de droit civil*, Paris 1944.
- SCHAEERER, Max: *Haftpflicht und Schadenersatz*, Bern 1940.
- SCHAZMANN, Paul-Emile: *La responsabilité plurale en matière d'actes illicites*, Thèse Genève 1928.
- SCHELLER, W.: *Rechtpraxis im Motorfahrzeug und Fahrradverkehr*, Zürich 1946.
- SCHMID, E. W.: *Haftung für Tierschaden*, Diss. Bern und Zürich 1917.
- SCHNEIDER, A., et FICK, H.: *Commentaire du Code fédéral des obligations*, 4^e éd. allemande traduite par Porret, Neuchâtel 1915.
- SECRETAN, Roger: *Le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse*, Zeitschrift für schweizerisches Recht, n° 68, p. 183 ss.

- SILBERNAGEL, Alfred: *Familienrecht, Komm. Gmür z. ZGB*, Band II, Art. 252-359, Bern 1927.
- SIMONIUS, August: *Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts*, Hundert Jahre schweizerisches Recht, Basel 1952, p. 265 ss.
- STAUDINGER, J. v.: *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, München, Berlin und Leipzig 1925-1929 (9^e éd.).
- STREBEL, J.: *Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr*, Zürich 1934-1938.
- THILO, Emile: *La route et la circulation routière*, exposés systématiques de jurisprudence, JT 1938-1954.
 — *De l'imputation de la somme due en vertu d'une assurance collective contre les accidents sur l'indemnité due en vertu d'une assurance responsabilité civile*, JT 1945, p. 66.
- THUT, Hans: *Der Regress des Versicherers*, Diss. Zürich 1924.
- TRÜSSEL: *Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, des Geschäftsherrn und Tierhalters*, SJB, vol. 45, 1909.
- v. TUHR, Andreas: *Partie générale du code fédéral des obligations*, traduit par Thilo et de Torrenté, Lausanne 1933 (2^e éd.).
- v. TUHR, Andreas, und SIEGWART, Alfred: *Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts*, Zürich 1942-1944 (2^e éd. augm.).
- VERDUN et MANDOUL: *Précis de zoologie médicale*, Paris 1950 (5^e éd.).
- WARNEVER, Otto: *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Tübingen 1923-1927.
 — *Rechtsprechung des Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Zivilrechts*, Leipzig 1908-1925.
- YUNG, Walter: *Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat*, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de Genève à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, Genève 1952.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	9
Chapitre premier	
DOMMAGE CAUSÉ PAR UN ANIMAL	
Introduction	11
Section I. — <i>Les conditions d'application de l'article 56 CO</i> . .	12
§ 1. Animal	12
I. Qu'est-ce qu'un animal au sens de l'article 56 CO ?	12
A) Qu'est-ce qu'un animal pour la science ? . . .	13
B) L'article 56 CO s'appliquera-t-il à tous les ani- maux décrits par la zoologie ?	14
a) Avis de la doctrine	14
b) Remarques et conclusion	16
II. Quelle doit être la situation juridique de cet animal pour qu'il devienne l'objet d'une responsabilité aggravée ?	18
§ 2. La causalité	19
I. La causalité en général	19
II. La causalité dans le cadre des articles 1385 CCF, 56 CO et § 833 BGB	20
A) L'acte de l'animal	21
B) La force majeure	26
C) Conclusion	28
§ 3. Le dommage et le préjudice moral	30
I. La réparation du préjudice moral en matière de responsabilité causale	30
A) Doctrine	31
B) Jurisprudence	32
Section II. — <i>Autres dispositions légales pouvant éventuellement régir la réparation du dommage provenant des animaux</i> . .	36
§ 1. Le cumul de deux actions	37

	Pages
I. Action fondée sur l'article 56 CO et action fondée sur un contrat	37
II. Action fondée sur l'article 56 CO et sur une autre règle	37
§ 2. La responsabilité plurale	38
§ 3. Application d'une autre disposition légale en lieu et place de l'article 56 CO	39
I. Dommage causé par l'animal sans détenteur	40
II. Dommage survenu sans qu'il y ait <i>acte de l'animal</i>	41
III. Le détenteur peut se mettre au bénéfice de la preuve libératoire de l'article 56 CO	41
§ 4. Application des articles 679 et 684 CCS	42
Introduction	42
I. Dommage causé par l'animal sans détenteur	43
II. Dommage survenu sans qu'il y ait <i>acte de l'animal</i>	43
III. Le détenteur est en mesure de faire la preuve libératoire de l'article 56 CO	44

Chapitre II

LA PERSONNE RESPONSABLE

Introduction	47
Section I. — <i>Les éléments de la notion de détention</i>	48
§ 1. La volonté comme élément de la détention	49
§ 2. Le pouvoir effectif comme élément de la détention	54
§ 3. La combinaison de la volonté de disposer et de la maîtrise effective	56
I. Une personne a la volonté de disposer, une autre la maîtrise effective	56
II. Une personne a la volonté de disposer et la maîtrise effective, une autre également la maîtrise effective	57
III. Une personne a la volonté de disposer, une autre cumule volonté de disposer et maîtrise effective	58
IV. Deux personnes ont simultanément la volonté de disposer et la maîtrise effective	58
§ 4. Les causes d'extinction de la détention	59
I. Perte de la maîtrise effective sans perte de la volonté de disposer	60

	Pages
A) Sans acquisition de la maîtrise effective par un tiers	60
B) Avec acquisition de la maîtrise effective par un tiers	61
C) Vol de l'animal	61
II. Perte de la volonté de disposer alors que la maîtrise effective subsiste	62
A) Avec naissance d'une volonté de disposer chez un tiers	62
B) Sans naissance d'une volonté de disposer chez un tiers	62
Section II. — <i>Les critères à rejeter</i>	62
§ 1. Intérêt propre du détenteur	63
§ 2. Entretien de l'animal	65
§ 3. Une certaine durée du rapport	68
§ 4. Le rapport homme-animal doit revêtir une forme juridique reconnue par le code	71
Section III. — <i>La notion du détenteur dégagée par le Tribunal fédéral</i>	72
§ 1. Les définitions données par la doctrine	72
§ 2. La jurisprudence	74
I. Arrêt Bloch-van Damme contre Delorme	74
II. Arrêt Kretz contre Schiess	76
III. Conclusions	78

Chapitre III

LA PREUVE LIBÉRATOIRE

Section I. — <i>La preuve libératoire lorsqu'il n'existe pas de rapport contractuel entre le lésé et le détenteur</i>	83
Introduction	83
§ 1. Nature de la preuve libératoire	86
§ 2. Contenu de la preuve libératoire	91
I. Quand l'omission constitue-t-elle un acte illicite au sens de l'article 41 CO ?	93
A) Création d'un état de choses dangereux	94
B) Les mesures de sécurité n'ont pas été prises à la suite d'une faute	94
II. L'omission comme fondement de l'article 56 CO	95
A) L'omission doit-elle créer un état dangereux ?	95
B) La faute	96

	Pages
§ 3. L'attention commandée par les circonstances	98
I. Généralités	98
II. Les diverses mesures de sécurité	101
A) L'élimination	101
B) Les mesures de surveillance	102
a) Généralités	102
b) Le préposé	103
c) Les mesures de surveillance requises en ce qui concerne les animaux familiers	109
d) Les mesures de surveillance requises en ce qui concerne les animaux domestiques	113
e) Les mesures de surveillance requises en ce qui concerne les animaux qui ne peuvent être mêlés à la vie quotidienne	114
C) Autres mesures de précaution que la surveillance	115
III. Conclusion	116
§ 4. La preuve que l'attention requise n'eût pas empêché le dommage de se produire.	116
Section II. — <i>Preuve libératoire et contrat</i>	118
Introduction	118
§ 2. Existence d'un contrat qui ne règle pas la responsabilité du détenteur	119
I. Aucun rapport n'existe entre l'objet du contrat et la détention de l'animal	119
A) Le lésé est soumis à l'assurance obligatoire contre les accidents	120
B) Le lésé est assuré, mais pas par la Caisse nationale	120
C) Le lésé n'est pas assuré	121
II. Le contrat établit un rapport entre l'animal et le cocontractant du détenteur	122
A) Généralités	122
B) Contrat et diligence requise du détenteur	124
§ 2. Les clauses d'exclusion de la responsabilité	127
Introduction	127
I. Validité des clauses d'exclusion en matière d'acte illicite ou de responsabilité causale	128
A) La doctrine	128
B) La jurisprudence	129
II. La clause d'exclusion doit-elle être expresse ?	130

Chapitre IV

LA FAUTE CONCOMITANTE, LE RISQUE CONCURRENT, LES RECOURS

Introduction	133
Section I. — <i>La faute concomitante</i>	134
§ 1. Les dispositions légales applicables	134
§ 2. La doctrine	135
I. Responsabilité pour faute et faute concomitante	135
II. Responsabilité causale et faute concomitante	136
A) Généralités	136
B) La thèse d'Oftinger	137
C) Critique du point de vue d'Oftinger	138
D) Conclusion	141
§ 3. La jurisprudence	141
Section II. — <i>Le risque concurrent</i>	142
§ 1. Le risque concurrent en général	142
I. Similitude entre le risque concurrent et la faute concomitante	142
II. Principe de la compensation des risques	143
III. Evaluation des risques en présence	144
A) La jurisprudence du Tribunal fédéral	144
B) Théorie de Barde	146
§ 2. Application de la théorie du risque concurrent dans le cadre de l'article 56 CO	147
I. Nécessité d'appliquer le principe de la compensation des risques sur le terrain de l'article 56 CO	147
II. Comment réaliser cette compensation	148
A) Généralités	148
B) Cas particuliers	149
§ 3. Risque concurrent et faute	152
I. Généralités	152
II. La faute n'est imputable qu'au lésé	153
III. La faute n'est imputable qu'au détenteur	153
IV. Les deux intéressés sont en faute	155
V. Conclusions	155
Section III. — <i>Les recours</i>	157
§ 1. Le recours du détenteur selon l'article 56 CO	157
I. Les rapports entre les articles 56 alinéa 2 CO et 51 CO	157
A) Le recours vertical	157
B) Le recours horizontal	158
C) Conclusion	159

	Pages
§ 2. Le recours du détenteur dans le cadre de l'article 51 CO	160
I. Généralités	160
II. Recours partiel ou total	162
A) Thèse d'Oftringer	162
B) Conclusion	164
III. Le détenteur a commis une faute	165
IV. Recours du détenteur contre une autre personne tenue en vertu de la loi	166
V. Recours du détenteur contre plusieurs autres respon- sables	167
VI. Conclusion	168
§ 3. Le recours de l'assureur dans le cadre de l'article 56 CO	171
I. Situation de l'assureur du lésé	171
A) L'assurance des personnes	171
B) L'assurance des dommages	173
II. Situation de l'assureur du détenteur	175
A) Généralités	175
B) Arrêt Helvetia contre Oppliger	177
C) Conclusion	179

Chapitre V

CONCLUSIONS

Section I. — <i>Conclusions sur l'article 56 CO</i>	181
§ 1. La personne responsable	181
§ 2. La preuve libératoire	182
Section II. — <i>Conclusions concernant le droit suisse en matière de responsabilité civile</i>	184
Introduction	184
§ 1. Collision de deux normes de responsabilité causale	185
I. Le principe de la compensation des risques	185
II. Critique du principe de la compensation des risques	187
III. Conclusion	188
§ 2. Responsabilité causale et faute de la victime ou d'un tiers	190
§ 3. La preuve libératoire	191
I. Les textes légaux	192
II. La jurisprudence	192
§ 4. Les clauses d'exclusion de la responsabilité	195
§ 5. La réparation du tort moral	198
§ 6. L'assurance responsabilité civile	198
I. Son influence	198
II. Critique de la réglementation actuelle	200

	Pages
§ 7. Remarques finales	201
I. Le système suisse de responsabilité civile	201
II. Comparaison entre le droit suisse et le droit français	202
III. Faute et risque dans la jurisprudence	203
IV. L'évolution future	204
A) La tendance sociale	204
B) La solution de Méan	204
C) L'assurance directe	205
D) Le socialisme d'Etat	205 *
Bibliographie	207

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
JANVIER MIL NEUF CENT
CINQUANTE-SIX SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
H. JAUNIN S. A., LAUSANNE



